

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT.

L'IDÉE DU MARIAGE

depuis le Code civil

jusqu'à nos jours

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 28 Mai 1909, à 2 heures 1/2

PAR

P. KERAMBRUN

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
BARTIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

10, Rue de Vaugirard, 10 (près l'Odéon)

1909

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considé-
rées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT.

L'IDÉE DU MARIAGE

depuis le Code civil

jusqu'à nos jours

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 28 Mai 1909, à 2 heures 1/2

PAR

P. KERAMBRUN

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
BARTIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

10, Rue de Vaugirard, 10 (près l'Odéon)

1909



INTRODUCTION

On a souvent reproché au code civil de manquer d'originalité et de n'être qu'une compilation empruntée à nos anciennes coutumes, au droit romain et au droit révolutionnaire: comme le dit fort bien M. Laurent (1), le reproche est à certains égards un éloge; on ne crée pas de toutes pièces la législation d'un peuple, on ne saurait impunément se livrer à la dangereuse expérience de le séparer brusquement de tout ce qui l'avait civilisé et de refaire en quelque sorte son existence; la législation d'un peuple se compose de matériaux lentement accumulés au cours des siècles; les innovations législatives doivent être rares et faites à bon escient.

(1) *Principes de droit civil*, t. I, p. 29.

Montesquieu l'avait déjà dit (1) ; Portalis le rappelait en 1801 dans son discours préliminaire sur le code civil : « Les lois, disait-il, ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au

(1) « Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare et lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante ; on y doit observer tant de solennités et apporter tant de précautions que le peuple en conclue naturellement que les lois sont bien saintes puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger. » Lettres persanes. Lettre CYXIX.

lieu de changer les lois il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ».

Cela est vrai de toutes les lois en général. A fortiori des lois qui régissent la famille. Ce qu'il y a de plus immuable chez un peuple, ce qu'il importe par suite de ne toucher qu'avec d'extrêmes précautions, c'est par dessus tout la famille, car son organisation ne dépend point de telle ou telle circonstance du moment, elle tient au génie propre de la race; par suite, la détruire c'est porter atteinte au génie même de la race et, par là, risquer de détruire la race elle-même.

Les rédacteurs du code l'avaient compris; ils avaient compris qu'il est absurde d'essayer de faire vivre un peuple au rebours de ses traditions nationales, fût-ce même au nom des principes les plus élevés et les plus généreux (1). C'est une grave erreur de voir dans la science du droit uniquement une science abstraite et de vouloir y raisonner comme dans les sciences exactes, déduisant, par des raisonnements mathématiques, les conséquences des principes une fois admis. C'est une autre erreur non moins grande d'invoquer inconsidérément l'exemple des pays voisins et de vouloir copier la législa-

(1) V. LEREBOURS PIGEONNIÈRE, *La famille et le code civil*; et ESMEIN, *l'originalité du code civil*. Livre du centenaire du code civil.

tion des autres peuples sans pénétrer les différences profondes qui les séparent.

On l'oublie trop de nos jours. Siècle scientifique par excellence, notre XIX^e siècle a voulu tout soumettre au crible du raisonnement. Il a voulu vivre sur des principes nouveaux en se dégageant du passé. Il a trop oublié que, comme le disait Portalis, « si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumières ne sont que trop souvent le théâtre des excès » (1).

Spécialement contre la législation familiale du code civil un grand mouvement d'opinion s'est produit de nos jours. Cette législation n'est d'ailleurs plus aujourd'hui que l'ombre de ce que les rédacteurs du code l'avaient faite. Sans doute, ici comme dans toutes les autres matières qu'il a traitées, le législateur de 1804 n'avait point atteint la perfection : On n'élève pas d'un seul coup un édifice aussi imposant que notre code civil sans y laisser, en maint endroit, bien des imperfections. Le législateur postérieur et la pratique les avaient reconnues et s'étaient efforcés de les corriger. Il n'en reste pas moins vrai, cependant, que la famille du code civil était assise sur des bases solides dont il est permis de regretter l'ébranlement.

(1) Disc. prélim. sur le code civil.

Car cet ébranlement existe et bien des esprits éclairés en ont signalé les désastreuses conséquences. L'ensemble de la législation postérieure au code civil, en matière familiale, est caractérisé par ce fait : il tend à la dissociation de plus en plus grande des éléments constitutifs de la famille. Tandis que la législation du code civil semblait avoir pour objet principal d'unir étroitement les uns aux autres les divers membres de la famille, la législation moderne tend au contraire à les affranchir respectivement de tout lien, et à réaliser de plus en plus leur libération complète des devoirs et obligations que le code civil leur imposait à titre de statut impératif et intangible.

C'est qu'aussi les principes en vertu desquels ils procèdent sont tout différents. Fait particulièrement grave, la transformation de notre législation familiale au cours du XIX^e siècle et au commencement du XX^e n'est pas une pure transformation de fait comme il s'en produit quelquefois sous l'empire de circonstances accidentelles, mais le résultat d'une véritable construction juridique nouvelle. Sans doute, certains phénomènes sociaux qui se sont produits au cours du siècle dernier ont pu exercer quelque influence sur le législateur et canaliser, pour ainsi dire, son action. Mais il paraît bien que la cause première de l'évolution de la famille moderne dans son ensemble se trouve au-dessus de ces phé-

nomènes particuliers et qu'il faut la chercher, non dans des faits nouveaux, mais dans des théories juridiques nouvelles. Et voici comment :

Au cours du siècle dernier s'est produit une profonde transformation de l'idée du mariage. Par suite, les rapports de famille, auxquels le mariage donne naissance, se sont trouvés avoir une base juridique nouvelle. Rien d'étonnant dès lors à ce qu'ils se soient modifiés du tout au tout.

Pour le législateur moderne le mariage est encore l'institution fondamentale, base de la famille, comme il l'était pour les rédacteurs du code ; mais la conception qu'il se fait de sa nature juridique est loin d'être la même.

La modification de l'idée du mariage apparaît ainsi, nous l'allons voir, comme la cause première de la transformation de nos institutions familiales. Une idée éminemment dangereuse, l'idée de contrat, s'est introduite et développée peu à peu. Persévérer dans cette idée nouvelle c'est aboutir à la désorganisation complète de la famille française. Réciproquement, pour remonter le courant des tendances actuelles, le vrai moyen est de s'attaquer à l'idée théorique, source et principe du mouvement. Là est l'intérêt pratique que semble présenter une étude de la conception moderne du mariage.

CHAPITRE I

Comment les rédacteurs du code civil ont conçu le mariage.

Lorsqu'après les excès de la période révolutionnaire les rédacteurs du code civil entreprirent de reconstituer la famille française sur des bases raisonnables, ils se trouvèrent en présence d'une théorie nouvelle, théorie d'ailleurs jusqu'alors assez imprécise, et qui n'avait point encore été organisée en théorie vraiment juridique. C'est ce qu'on a appelé la théorie du mariage contrat.

Il semble à priori qu'il faille avoir un esprit bien naturellement tourné vers l'abstraction pour construire une théorie du mariage sur la donnée de contrat, pour trouver même la moindre relation contractuelle dans ce qui n'est, à proprement parler, que l'union sexuelle de l'homme et de la femme. N'est-on pas invinciblement tenté de sourire lorsqu'on entend Pothier nous dire du mariage: « Il a

été le plus ancien des contrats, car c'est le premier qui ait été fait entre les hommes. Aussitôt que Dieu eut formé Eve d'une des côtes d'Adam et qu'il la lui eut présentée, nos deux premiers parents firent ensemble un contrat de mariage ». (1)

Il est un point certain : c'est que, si, consultant l'histoire, on se demande qu'elle a été la conception que les sociétés primitives se faisaient du mariage, on reconnaît facilement qu'elle était bien éloignée d'une conception aussi abstraite.

Sans vouloir nous perdre dans la légende et l'obscurité de la préhistoire, remontons seulement jusqu'à l'Antiquité classique.

A Athènes le mariage était si peu un contrat que le consentement des femmes n'était pas nécessaire pour sa formation. Certains parents avaient le droit de donner en mariage les femmes de leur famille, mais les femmes ne se donnaient pas elles-mêmes. Si les parents de la femme qui avaient le droit de la donner en mariage étaient tous morts, la loi se chargeait de choisir à la jeune fille un époux, et elle lui désignait son plus proche parent. Dans le cas où celui-ci ne la réclamait pas comme épouse, le droit passait au parent du degré suivant, et ainsi de sui-

(1) POTHIER. *Traité du contrat de mariage*.

te (1). A Athènes, le mariage était une institution familiale et légale, non pas un contrat prenant naissance dans le seul consentement des époux.

Et quant aux Romains, ils n'avaient certes pas conçu le mariage sous la forme d'un contrat, eux qui le définissaient essentiellement par la « conjunctio maris et feminæ » (2), eux chez qui, pendant longtemps, le consentement des futurs époux n'avait même pas été nécessaire pour sa formation, et pour qui la seule chose expressément exigée était la mise de la femme à la disposition du mari (3).

(1) V. GLASSON. Consentement p. 6. Comp. DESJARDINS *Mémoire sur la condition de la femme dans le droit civil des athéniens*.

(2) V. en particulier le texte d'Ulpien : Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit.... Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio quam nos matrimonium appellamus. D. L. I T. I, f. 1, p. 3 et celui de Modestin : Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio. — « Le mariage romain, dit M. Girard, est une façon de vivre, sa formation est un changement d'existence. » (*Traité de droit romain*).

(3) Aux yeux des Romains, dit M. Gide, pour qu'il y ait justæ nuptiæ, il suffit que deux personnes légalement capables de se marier vivent ensemble comme mari et femme; ce qui constitue le mariage c'est la possession d'état, et la question de savoir à quel moment le mariage est accompli n'est pas une question de droit, mais une question de fait. » (La condition privée de la femme). — V. Quintilien, Declam. 247 in fine : « Fingamus nuptias quidem fecisse nullas, coisse autem liberorum creandorum gratia; non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata. »

Le Christianisme survenant ne devait pas, lui non plus, envisager le mariage sous le jour d'un contrat. C'est vainement, quoiqu'on ait pu dire, que l'on chercherait dans la doctrine canonique l'existence d'une théorie contractuelle du mariage (1). Comme les Romains, et quoiqu'elle voulût faire en sorte que le consentement des parties fût absolument certain (et la forme du contrat, les verba de præsentî, étaient commodes pour cela), c'est toujours dans la conjunctio que l'Eglise a fait résider l'essence même du mariage (2).

(1) V. LEFEBVRE. *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat.*

(2) L'Eglise n'a jamais considéré le mariage comme complet qu'après sa consommation. C'est en vertu de cette doctrine que le Souverain Pontife revendique dans certains cas le droit de dispenser d'un mariage ratum et non consummatum. Voici d'après les canonistes quels sont les principaux de ces cas : « Doctores plures istiusmodi causas exempli gratia enumerant quarum præcipuæ ad sequentes reduci possunt : a) animarum dissociatio quin affulgeat futuri reconciliationis spes ; d) timor probabilis magni scandali futuri, discordiarum et rixarum inter consaguineos ; c) probabilis suspicio impotentiae cum periculo incontinentiae, item semiplena probatio defectus consensus, aut alterius impedimenti ; d) morbus contagiosus superveniens ; e) periculum perversionis ut si quæ cum hæretico contraxerint ; f) si quis aliud matrimonium equidem nullum deinde inierit a quo se aliter liberare nequeat v. g. matrimonium civile ; g) tandem mutuus consensus. » (Gaspari. Tract. canon de matrimonio. Chap. VIII art. II 1, 1081 t. II p. 242). La facilité avec laquelle les canonistes admettent la rupture du mariage non consommé montre clairement l'importance de la conjunctio dans la théorie matrimoniale de l'Eglise.

C'est seulement au XVII^e siècle qu'il faut chercher l'origine de cette théorie du mariage contrat, qui devait avoir une si grande fortune, et d'où l'on devait tirer, par la suite, des conséquences qui, certes, étaient bien loin de la pensée de ses auteurs.

Jusqu'au XVI^e siècle la matière du mariage était à peu près exclusivement régie par le droit canonique (1). A partir du XVI^e siècle, au contraire, le pouvoir royal, alors solidement établi, songea à substituer en cette importante matière son autorité à celle de l'Eglise (2). Mais pour justifier l'intervention de l'Etat au sujet du mariage jusqu'alors regardé simplement comme sacrement, il fallait imaginer une théorie nouvelle du mariage; c'est à quoi s'appliquèrent nos anciens jurisconsultes, et voici quel fut leur principal argument: Ils arguèrent, de ce fait que le mariage impliquait le consentement des époux et des engagements réciproques, et constituait par là un contrat; qu'en conséquence il devait, comme tous les contrats, relever de la puissance séculière. Sans doute, ils n'attaquaient point la théorie du sacrement; ils lui superposaient seu-

(1) L'Etat réglait seulement les effets civils du mariage. Les questions d'empêchements, de nullités étaient exclusivement régies par le droit canonique.

(2) V. BASDEVANT. *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du, concile de Trente au code civil.*

lement une théorie nouvelle. Voici, d'ailleurs, comment Pothier développe cette théorie dans son *Traité du contrat de mariage* (1) : « Le mariage que contractent les fidèles, nous dit-il, étant un contrat que J.-C. a élevé à la dignité de sacrement, pour être le type et l'image de son union avec son Eglise, il est tout à la fois et contrat civil et sacrement. Le mariage, étant un contrat, appartient, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et il est en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile. Le mariage, étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société. Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement. Les mariages que les personnes sujettes à ces lois contractent contre leurs dispositions, lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle

(1) V. POTHIER. *Traité du contrat de mariage*, article préliminaire et Chap. I et II. — LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat*.

commune à tous les contrats que tout contrat est nul lorsqu'il est fait contre la disposition des lois; nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente. Il n'y a pas non plus, en ce cas, de sacrement de mariage, car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est la matière. Les contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul, de même qu'il ne peut y avoir un sacrement de baptême sans l'eau qui en est la matière. » Telle était la théorie compliquée et subtile que nos anciens auteurs avaient imaginée. Toutefois, ainsi qu'on l'a fait très justement remarquer (1), ils seraient arrivés à un résultat identique en appliquant au mariage, au lieu de l'épithète de contrat, celle plus large d'acte civil. La seule conséquence en effet qu'ils aient fait découler de leur théorie, c'est celle en vue de laquelle ils avaient construit cette théorie, c'est la substitution de l'autorité civile à l'autorité ecclésiastique en matière matrimoniale, et jamais ils n'ont songé à tirer du mot contrat d'autre conséquence juridique. Leur théorie examinée à ce point de vue, (et pour bien pénétrer une théorie, le meilleur moyen n'est-il pas de se dégager des mots pour mieux voir l'idée que sous-vent ils ne font que cacher), leur théorie se ramène à

(1) V. notamment LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?*

cette proposition : Le mariage est chose civile et non exclusivement religieuse, c'est un sacrement, mais c'est aussi un acte civil.

Survint la Révolution, et le législateur révolutionnaire accueillit avec empressement la théorie du mariage contrat civil, mais en la détournant complètement de son sens primitif. Les mots « contrat civil » prennent désormais un aspect tout nouveau : les législateurs révolutionnaires en effet, au lieu de remonter à l'idée dont ils étaient sortis, s'attachèrent aux mots, abstraction faite de leur origine et de leur histoire, et en déduisirent des conséquences inattendues ; au lieu de prendre l'expression « contrat civil » comme une expression indivisible, ils prirent successivement les deux mots qui la composaient pour donner à chacun d'eux successivement toute sa valeur ; du mot civil ils tirèrent le principe de la sécularisation du mariage, et cela était logique ; mais du mot contrat, pris absolument, séparé de tout ce qui lui donnait sa signification, ils tirèrent des conséquences auxquelles nos anciens auteurs n'avaient certes jamais songé : On en déduisit le divorce par consentement mutuel. La théorie du mariage contrat, et non plus simplement chose civile, était désormais formée (1).

(1) On a quelquefois voulu voir dans la constitution de 1791 la confirmation et comme la consécration législative de

cette théorie. Il ne semble pas cependant que les mots « **contrat civil** » aient dans cette constitution un sens plus précis ou autre que chez Pothier par exemple et il ne paraît pas qu'il faille dans cette expression voir autre chose que l'affirmation de cette idée que le mariage est essentiellement chose civile. Pas plus que chez Pothier le mot n'est pris ici dans son sens juridique. Cependant, dès la Constituante la théorie du mariage véritable contrat se précise déjà. (V. LEFEBVRE. *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?* V. notamment le discours d'Albert Dubayet, le promoteur de la loi du divorce: « En faisant une loi pour constater l'état des citoyens, **votre** intention a été de régénérer les mœurs publiques. Par une de ses dispositions vous considérez le mariage comme un contrat civil, mais vous n'avez point encore parlé de la manière dont ce contrat pourra être rompu. Notre ancien code permet la séparation, loi barbare qui laisse subsister le lien du mariage sans qu'on puisse remplir l'engagement principal sur lequel est fondé le contrat, loi qui voue une femme vertueuse au malheur ou qui lui commande l'adultère. Il est temps de le reconnaître, ce contrat qui lie les époux est commun; ils doivent incontestablement jouir des mêmes droits, et la femme ne doit pas être l'esclave de l'homme, etc.... » V. Archives parlementaires 30 août 1792. Et après ce discours l'Assemblée votait que « le mariage est un contrat dissoluble par le divorce. » Le principe une fois admis, restait à en organiser l'application. « La délibération, dit M. Lefebvre, ne fit que mieux accuser la tendance à un large et facile divorce fondé sur l'idée de contrat. » Voici d'ailleurs le préambule de la loi, qui montre bien le principe d'où on l'a fait découler: « L'Assemblée nationale considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle selon laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit. »

Tel était l'état de la question lorsque les rédacteurs du code allaient se mettre à l'œuvre (1). Quelle théorie du mariage allaient-ils consacrer?

(1) On sait qu'avant le projet définitif quatre projets de code civil avaient été successivement présentés, trois par Cambacérès, le premier et le deuxième à la Convention le 9 août 1793 et le 9 septembre 1794, le troisième au Conseil des Cinq cents (Messidor an IV), le quatrième par Jacqueminot le 21 Décembre 1799. Il est intéressant de suivre la marche de l'idée de contrat dans ces divers projets et dans les rapports auxquels ils ont donné lieu. Or de cet examen il semble résulter une dégression de l'idée de contrat, au moins dans les trois projets principaux, ceux de Cambacérès. L'art. premier du titre II du premier projet porte que « le mariage est une convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent sous l'autorité de la loi à vivre ensemble, à nourrir les enfants qui peuvent naître de leur union. » Et dans le rapport sur ce projet on lit cette phrase : « Le pacte matrimonial doit son origine au droit naturel, il a été perfectionné et fortifié par les institutions sociales, la volonté des époux en fait la substance, le changement de cette volonté en opère la dissolution. » Le mariage est bien là considéré essentiellement comme un contrat. Mais dans le deuxième projet on ne trouve plus cette idée aussi nettement exprimée. Le projet, beaucoup plus restreint que le précédent, ne contient pas de définition du mariage. Quant au rapport de Cambacérès sur le projet, il contient bien encore l'idée que la volonté des époux fait la substance du mariage, mais cependant, dans son ensemble, l'idée de contrat semble s'y accuser moins nettement. Cambacérès avait-il changé d'avis sur la question, ou, comme Portalis dans son Disc. prelim. nous laisse entendre qu'il dut le faire sur certains points, avait-il été obligé de sacrifier ses idées personnelles aux idées révolutionnaires, toujours est-il que dans son rapport sur le troisième

Se trouvant en présence de la théorie du mariage, contrat civil, allaient-ils l'adopter, en coordonner les éléments pour l'édifier en théorie vraiment juridique? Devant le silence des textes sur cette question théorique, il faut consulter les travaux préparatoires.

On a quelquefois soutenu qu'il était possible de tirer tout ce que l'on voulait des travaux préparatoires du code civil, et, par eux, de justifier les théories les plus contradictoires. Et, de fait, on voit souvent des théories tout opposées se recommander comme principal argument de ces travaux préparatoires. Sans doute, les discussions du Code d'Etat sont souvent vagues et diffuses; elles l'eussent été bien plus encore sans les habiles interventions du Premier Consul. Sans doute, il paraît souvent, *à priori*, bien

projet, présenté non plus à la Convention, mais au Conseil des Cinq cents, on chercherait vainement l'idée de contrat dans la partie où il traite du mariage. Il se contente pour définir le mariage, de dire qu'il est la loi primitive de la nature ou que plutôt c'est la nature en action. Et au lieu de fonder le divorce sur cette idée que le mariage étant un contrat, doit, comme tout autre contrat, se dissoudre, comme il le faisait dans ses deux premiers rapports, il le fonde « sur la nature, sur la raison, sur la justice, sur le droit de liberté personnelle. » c'est-à-dire sur tout, sauf sur l'idée de contrat, semblant même par là vouloir éviter de faire intervenir cette idée. — Quant au projet Jacqueminot, il semble bien être un retour aux idées de 1793 puisqu'il contient littéralement que le mariage est un contrat, mais il n'a que peu d'importance en lui-même, puisqu'il ne fut pas même examiné.

difficile de tirer une conclusion nette d'un de ces passages fleuris de tel discours de Portalis ou de la pompeuse phraséologie de tel ou tel orateur du Tribunal. Cependant, en s'attachant bien plus au sens d'une phrase ou d'un passage tout entier qu'au sens littéral d'un mot employé ça et là par des orateurs souvent peu soucieux de l'exactitude juridique de leurs termes, on peut, le plus souvent, démêler la véritable pensée des rédacteurs du code.

Pour la matière qui nous occupe ici, cependant, la question se trouve singulièrement compliquée, d'abord à raison de son caractère particulièrement abstrait, ensuite en raison de ce fait que cette question était encore bien obscure lors de la rédaction du code civil, ainsi que nous le dit Portalis lui-même dans un de ses discours.

A vrai dire, il semble que Portalis se vante un peu lorsqu'il prétend avoir sur ce sujet des idées beaucoup plus nettes que ses prédécesseurs, et il ne paraît point que ses travaux et ceux de ses contemporains aient beaucoup contribué à jeter la lumière sur cette question de la nature du mariage qui est encore pendante aujourd'hui. De l'ensemble des textes, cependant, semble se dégager cette conclusion que, malgré tout, une idée théorique sur la nature du mariage a prévalu chez les rédacteurs du code et que cette idée n'est point celle de la Révolution. Elle paraît d'ailleurs vague, fort imprécise. Il semble

que, par suite d'un manque de clarté dans la conception des législateurs de 1804, les mots, pour l'exprimer, ne leur soient pas venus, ce qui expliquerait cette continuelle absence du mot propre, ce chaos de phrases embarrassées, ces images et ces périphrases par lesquelles ils semblent vouloir éviter de s'expliquer clairement, ces contradictions apparentes que l'on rencontre dans un même discours.

Il est certain qu'en maint endroit des travaux préparatoires on trouve le mariage qualifié contrat. Bien plus, le projet primitif, reproduisant l'art. 2 du projet Jacqueminot, répétait comme lui que le mariage est un contrat (1), et, s'il a disparu de la rédaction définitive, c'est uniquement, semble-t-il, parce qu'une définition du mariage avait paru inutile. Mais ce mot, grâce aux diverses interprétations qui en avaient été faites jusqu'alors, n'est pas par lui-même suffisamment explicite et demande à être interprété. Les rédacteurs du code l'ont-ils pris dans un sens très large, très élastique, comme nos anciens juristes, ou l'ont-ils pris dans son sens juridique exact comme le législateur révolutionnaire? Tel est le fond de la question.

Pour interpréter la pensée des rédacteurs du code

(1) « Le mariage est un contrat dont la durée est, dans l'intention des époux, celle de la vie de l'un d'eux; ce contrat peut néanmoins être résolu avant la mort de l'un des époux dans les cas ou pour les causes déterminés par la loi. »

deux moyens se présentent : 1° L'examen de leur théorie générale du mariage, fait spécialement d'après les discours de Portalis; 2° Les conséquences qu'ils ont tirées de leur théorie du mariage, c'est-à-dire la façon dont ils ont compris l'organisation d'une législation matrimoniale.

Le mariage envisagé au point de vue théorique a été l'objet de deux longues dissertations de Portalis, l'une dans son discours préliminaire sur le code civil, et l'autre dans son Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage.

Dans le discours préliminaire sur le projet de code civil, Portalis s'exprime en ces termes : « Ce n'est que dans ces derniers temps que l'on a eu des idées précises sur le mariage. Le mélange des institutions civiles et des institutions religieuses avait obscurci les premières notions. Quelques théologiens ne voyaient dans le mariage que le sacrement; la plupart des jurisconsultes n'y voyaient que le contrat civil. Quelques auteurs faisaient du mariage une espèce d'acte mixte qui renferme à la fois et un contrat civil et un contrat ecclésiastique. La loi naturelle n'était comptée pour rien dans le premier et le plus grand acte de la nature.... Toutes ces incertitudes se sont évanouies, tous ces embarras se sont dissipés, à mesure que l'on est remonté à la véritable origine du mariage, dont la date est celle même de la création. Nous nous sommes convaincus que le

mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié. Les jurisconsultes romains, en parlant du mariage, ont souvent confondu l'ordre physique de la nature, qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel, qui régit particulièrement les hommes et qui est fondé sur les rapports que des êtres intelligents et libres ont avec leurs semblables. De là on a mis en question s'il y avait quelque caractère de moralité dans le mariage considéré dans l'ordre purement naturel. On conçoit que les êtres dépourvus d'intelligence, qui ne cèdent qu'à un mouvement ou à un penchant aveugle, n'ont entre eux que des rencontres fortuites ou des rapprochements périodiques dénués de toute moralité. Mais, chez les hommes, la raison se mêle toujours plus ou moins à tous les actes de leur vie, le sentiment est à côté de l'appétit le droit succède à l'instinct et tout s'épure et s'ennoblit. Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre appartient uniquement à l'ordre physique de la nature, mais le choix, la préférence, l'amour qui détermine ce désir et le fixe sur un seul objet ou qui du moins lui donne sur l'objet préféré un plus grand degré d'énergie, les égards mutuels, les de-

voirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles, tout cela appartient au droit naturel. Dès lors, ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat... Tel est le mariage considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive. Il nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit, et d'un contrat perpétuel par sa destination. »

La conclusion paraît absolument catégorique et Portalis semble bien classer le mariage dans la catégorie des contrats. Cependant, si l'on évite avec soin de séparer aucune des parties de ce passage qui forme un tout homogène, si l'on suit l'enchaînement des idées bien plus que celui des phrases et si l'on cherche ce que Portalis a voulu dire bien plus que ce qu'il a dit en réalité, il semble qu'on ne doive point du tout aboutir nécessairement à cette conclusion, bien au contraire. Voici, en effet, quelle paraît être la véritable pensée de Portalis : Le mariage ne consiste point, cela est évident, dans le simple rapprochement, même répété des sexes. C'est pourquoi nous n'appelons point de ce nom les rapprochements que les animaux ont entre eux, mais réservons ce mot pour l'union de l'homme et de la femme, union qui, à raison du caractère de moralité qui est dans l'homme, engendre, comme chacun de

ses actes volontairement accomplis, une certaine responsabilité parce que, à la différence des animaux, il est intelligent et libre. Le mariage n'est donc pas seulement régi par les lois physiques ; il relève de la loi morale, il relève du droit naturel, puisqu'à raison de la responsabilité qui incombe à l'homme pour tout acte par lui volontairement accompli, il engendre pour lui des obligations et des devoirs.

La question qu'examine ici Portalis, on le voit dès les premiers mots, n'est point de savoir quelle est l'expression juridique qui convient au mariage, mais bien de démontrer que le mariage ne consiste pas purement et simplement dans le seul fait physique de l'accouplement des sexes, qu'il engendre des obligations, qu'il relève du droit. Bien loin d'avoir un sens plus précis juridiquement que pour nos anciens auteurs du XVII^e siècle, le mot contrat ne semble même pas impliquer ici nécessairement l'idée de consentement proprement dit, critérium le plus large qu'on puisse imaginer du contrat, il sert seulement à indiquer que le mariage est chose juridique, relevant du droit. Portalis, pour exprimer cette idée, n'a rien trouvé de mieux que de le qualifier contrat, de même qu'avant lui nos anciens légistes s'étaient servis de cette même épithète pour montrer que le mariage devait relever de la puissance séculière.

Cela devient encore plus évident si l'on examine l'Exposé des motifs du titre Du mariage dont voici le principal passage :

« On parle diversement du mariage d'après les idées dont on est diversement préoccupé. Les philosophes observent principalement dans cet acte le rapprochement des deux sexes; les jurisconsultes n'y voient que le contrat civil; les canonistes n'y aperçoivent qu'un sacrement ou ce qu'ils appellent le contrat ecclésiastique. Cependant, pour avoir une notion exacte du mariage, il faut l'envisager en lui-même et sous ses différents rapports. Le mariage en soi ne consiste pas dans le simple rapprochement des deux sexes. Ne confondons pas à cet égard l'ordre physique de la nature, qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel, qui est particulier aux hommes. Nous appelons droit naturel les principes qui régissent l'homme considéré comme un être moral, c'est-à-dire comme un être intelligent et libre, et destiné à vivre avec d'autres êtres intelligents et libres comme lui. Le désir général qui porte un sexe vers l'autre, et qui suffit pour opérer leur rapprochement, appartient à l'ordre physique de la nature. Le choix, la préférence, l'attachement personnel, qui déterminent ce désir et le fixent sur un seul objet ou qui, du moins, lui donnent sur cet objet préféré un plus haut degré d'énergie, les égards mutuels, les devoirs et les obli-

gations réciproques qui naissent de l'union une fois formée et qui s'établissent nécessairement entre des êtres capables de sentiment et de raison, tout cela est de l'empire du droit naturel. Les animaux, qui ne cèdent qu'à un mouvement ou à un instinct aveugle, n'ont que des rapprochements fortuits ou périodiques dénués de toute moralité, mais, chez les hommes, la raison se mêle toujours plus ou moins à tous les actes de leur vie; le sentiment est à côté du désir et le droit succède à l'instinct. Je découvre un véritable contrat dans l'union des deux sexes. Ce contrat n'est pas purement civil quoiqu'en disent les jurisconsultes; il a son principe dans la nature, qui a daigné nous associer en ce point au grand ouvrage de la création; il est inspiré et souvent commandé par la nature même. Ce contrat n'est pas non plus un pur acte religieux, puisqu'il a précédé l'institution de tous les sacrements et l'établissement de toutes les religions positives, et qu'il date d'aussi loin que l'homme. Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses? C'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée. Il était impossible d'abandonner ce contrat à la licence des passions... Mais les règlements des législateurs n'ont pu détruire l'es-

sence ni l'objet du mariage en protégeant les engagements que le mariage suppose et en régularisant les effets qui le suivent.... Le mariage est donc aujourd'hui ce qu'il a toujours été, un acte naturel, nécessaire, institué par le Créateur lui-même. »

Le mot contrat y figure bien encore, mais il est évident que c'est uniquement dans le sens d'acte relevant du droit, par opposition à simple acte physique. On ne saurait donc tirer en définitive de la théorie générale de Portalis sur le mariage aucune conclusion dans le sens de la théorie du mariage contrat.

Les autres discours sur la matière n'infirmant en aucune façon cette manière de voir.

Dans le rapport fait au Tribunat par le tribun Gillet, on relève le passage suivant, qui semble bien significatif: « Ce n'est pas sans motif que, chez les peuples civilisés, le mariage est considéré comme une institution solennelle. On aurait, en effet, une idée bien peu exacte de son importance et de sa dignité si l'on ne voulait y voir qu'un pacte naturel ou une convention civile. » On peut alléguer un manque de précision dans les expressions dont Gillet se sert ensuite pour qualifier le mariage (engagement social, traité public) et hésiter sur la conception qu'il se faisait du mariage. Mais tout au moins, peut-on conclure que Gillet semble rejeter nettement toute idée de contrat, aussi bien de contrat civil que de contrat naturel.

Enfin, dans le discours prononcé au Corps législatif par Bouteville, on lit ces mots : « Qu'il nous suffise de dire que le mariage remonte nécessairement au berceau du monde, que, comme la société elle-même, il doit sa source à la nature de l'homme, mais que c'est de la majesté des lois qu'il tient sa force principale et ses plus précieux avantages. » Et si, un peu plus loin, Bouteville emploie l'expression « contrat civil », c'est dans le sens traditionnel, par opposition à l'idée du sacrement (1).

En somme, après une étude attentive des dissertations philosophiques de Portalis et de ses collègues sur la nature du mariage, il semble bien que l'on puisse conclure qu'ils n'ont pas vu dans le mariage un simple contrat ; cette idée se confirme lorsqu'on examine les discours et les discussions auxquels ont donné lieu l'établissement des règles pratiques de l'institution ; là, la pompeuse phraséologie dont ils enveloppent leurs idées voile souvent cette idée ; ici, au contraire, on peut se baser sur quelque chose de précis, les règles juridiques qu'ils ont adoptées, règles qui ne peuvent laisser dans l'esprit aucun doute sur le cas qu'ils ont fait de la théorie du mariage contrat civil au sens juridique du mot. C'est là, semble-t-il, le critérium le plus certain. Le législateur révolutionnaire avait bien donné au mot

(1) « ... Elevé à la dignité de sacrement, le mariage ne cesse pas d'être un contrat civil. » V. FÉNET, t. 9, p. 198.

contrat toute sa valeur, lorsque, par un raisonnement tout à fait logique, il en faisait découler le divorce; le législateur moderne prend aussi ce mot dans son véritable sens juridique, nous le verrons par les conséquences qu'il en tire. Le législateur de 1804 en a-t-il tiré des conséquences analogues? C'est ce qu'il faut examiner.

Lorsqu'on étudie les procès-verbaux des séances du Conseil d'Etat où fut discuté le principe même du divorce (1), on remarque que, non seulement les rédacteurs du code n'ont presque jamais songé à fonder le divorce sur l'idée de contrat, ce qui est pourtant, pour une législation admettant la théorie du mariage contrat, la façon la plus naturelle de poser le principe du divorce, mais que même ils n'ont jamais fait intervenir l'idée de contrat en cette matière que pour faire ressortir les différences fondamentales qui, à leur avis, séparaient le mariage des contrats, et en déduire qu'on ne pouvait argumenter de l'idée de contrat en faveur du divorce (2). Le divorce par consentement mutuel qu'ils avaient admis n'était pas, on le sait, ce que le nom semblerait supposer, mais un véritable di-

(1) V. Séances des 14, 16 et 24 vendémiaire, an X. FENET, t. 9, p. 248 et suiv.

(2) V. notamment les paroles de Portalis, séance du 14 vendémiaire et le discours de présentation au Corps législatif, par Treilhard.

vorce pour causes déterminées par lequel on avait voulu éviter d'obliger les époux à dévoiler à tous les causes de leur désunion, et n'était nullement fondé sur l'idée de contrat.

Et quant aux effets du mariage, ont-ils quelquefois invoqué cette idée de contrat, lorsqu'ils ont posé les principes fondamentaux de l'institution? On l'invoque de nos jours cette théorie en matière de puissance maritale ou de puissance paternelle, nous le verrons. Rien de pareil en 1804.

Ces considérations peuvent s'appuyer des arguments suivants :

D'abord le code civil nous parle de la « célébration » du mariage. Or ce mot n'éveille-t-il pas l'idée de tout autre chose qu'un contrat? Les contrats solennels, le contrat de constitution d'hypothèque, le contrat de mariage ne se « célèbrent » pas. Et remarquons bien que ce n'est point là une simple question de mots, car le rôle de l'officier public dont le ministère est alors requis ne peut en aucune façon être comparé à celui que joue l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage. Celui-là ne fait que constater de façon authentique l'accord intervenu entre les parties et ne joue qu'un rôle tout passif au contrat. Celui-ci, au contraire, ne se borne pas seulement à constater l'accord des parties et leur volonté de se prendre respectivement pour mari et femme; c'est lui, peut-on dire, qui

joue le rôle le plus actif, car, à proprement parler, les époux ne « se marient pas » pas, ils « sont mariés » par l'officier de l'état civil qui les déclare unis « au nom de la loi. » (1)

Remarquons encore que les règles régissant l'acte de mariage sont identiques dans les grandes lignes à celles qui régissent les actes de naissance ou les actes de décès, que l'officier public est le même et que l'acte de mariage se trouve au code placé dans le titre des actes de l'état civil, entre les actes de naissance et les actes de décès. Cela ne semblerait-il pas indiquer que les rédacteurs du code avaient considéré le mariage comme un fait d'état civil bien plus que comme un contrat?

Vainement objecterait-on qu'il y a ici « concours de volontés », « consentement ». Il n'y a nullement ici, à proprement parler, concours de volontés; car les volontés des époux ne se joignent pas directement, elles ne se joignent que par l'intermédiaire de l'officier de l'état civil, et cela se révèle dans les termes employés: Prenons un contrat quelconque, nous le trouvons ainsi conçu: X vend à Z qui accepte; voilà bien le concours de volontés expressément indiqué dans l'acte; prenons maintenant le mariage, la formule est toute différente; elle comprend trois parties: 1° l'officier de l'état ci-

(1) V. LEFEBVRE. *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat.*

vil reçoit de X la déclaration qu'il veut prendre Z pour femme; 2° il reçoit de Z la déclaration qu'elle veut prendre X pour mari; 3° il unit ces deux volontés exprimées séparément (1).

Que conclure de tout cela, sinon que les rédacteurs du code civil n'ont, en aucune façon, considéré le mariage comme un simple contrat, qu'ils n'ont vu dans ce mot « contrat » qu'une expression déjà passée dans la langue et qu'ils ont employée par routine, tantôt pour marquer que le mariage devait être chose civile, tantôt pour marquer qu'il était chose juridique, ou tout au plus pour indiquer fortement le rôle nécessaire du consentement pour sa formation (2), en sorte que l'on peut dire avec M. Lefebvre que « dans l'institution, telle qu'elle est encore aujourd'hui construite, il y a comme une façade et une entrée de style contractuel, mais que le mariage en son ensemble n'a pas été conçu et ordonné sur le principe d'un contrat. » (3)

Qu'ont-ils donc vu dans le mariage? Ils y ont vu essentiellement, suivant leurs propres expressions,

(1) Il y a bien à un certain moment concours de volontés, mais ce concours préexiste au mariage; il ne le constitue point et le seul nom qui lui convienne est celui de fiançailles.

(2) En ce sens V. LEFEBVRE, *op. cit.* V. aussi thèse RENARD, p. 20 et BASDEVANT, p. 7 et 8.

(3) LEFEBVRE, *op. cit.*

« l'institution même de la nature » (1), « le plus grand acte de la nature » (2), « un acte naturel, nécessaire, institué par le Créateur lui-même » (3), ce que l'on peut traduire juridiquement, semble-t-il, par le terme d'institution naturelle. (4)

Et cela résulte non seulement des termes mêmes employés par eux, mais surtout de la conception pratique qu'ils se sont faite d'une législation matrimoniale et du rôle du législateur en cette matière.

Ils ont, en effet, considéré la matière du mariage comme entièrement régie par un droit universel et immuable antérieur à toutes les législations humaines. De là découlait un double principe : Fixées une fois pour toutes par la nature, les règles du mariage, dans leur ensemble, s'imposent au législateur et aux époux. Elles s'imposent au législateur, et dès lors son rôle, en matière matrimoniale, se borne à observer la loi naturelle et à l'enregistrer fidèlement. Elles s'imposent aux époux, et dès lors le rôle de leurs volontés est ici réduit au minimum ;

(1) Exposé général du système du code civil.

(2) Discours préliminaire sur le projet de code civil.

(3) Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage.

(4) Presque seul au sein du Conseil d'Etat le Premier Consul fut d'un avis contraire, prétendant que le mariage était une simple affaire de mœurs et de législation. Savoye Rollin a aussi soutenu cette thèse dans son rapport au Tribunat.

une fois qu'ils ont décidé de s'unir par le lien du mariage, ils doivent en accepter le cadre tout fait, sans y pouvoir rien changer. Cette seconde conséquence du système du législateur de 1804, nous la trouvons formulée dans l'article 1388. Quant à l'autre, il n'est pas une matière se rattachant au mariage où les rédacteurs du code n'en aient fait l'application; c'est elle qui a dirigé leurs discussions et qui leur en a dicté les solutions. C'est sur la loi naturelle qu'ils se sont basés et pour poser le principe de la puissance maritale, et pour poser celui de la puissance paternelle, pour établir le principe de l'indissolubilité et pour admettre le principe de l'inégalité de l'homme et de la femme devant le divorce. Plus tard, lorsqu'on discute le titre De la puissance paternelle, c'est encore la nature que nous entendons à tout instant invoquer; c'est sur la nature que se base Réal pour en admettre le principe et pour en régler l'application, et le projet de l'an VIII la définissait: un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi.

Pour résumer, les rédacteurs du code n'ont point cru que le mariage fût d'essence contractuelle, et, s'ils lui ont souvent appliqué l'épithète de contrat, c'est dans ce sens traditionnel, vague parce que très élastique, qu'il avait chez nos anciens auteurs. Ils y ont vu un phénomène naturel bien plus qu'un phénomène d'ordre contractuel.

CHAPITRE II

La transformation de l'idée du mariage depuis le code civil Les conséquences de cette transformation.

Section I

L'IDÉE DU MARIAGE A NOTRE ÉPOQUE ET SES CONSÉQUENCES GÉNÉRALES

I. L'idée du mariage

Nous sommes loin aujourd'hui de la théorie matrimoniale des rédacteurs du code et des principes qu'ils avaient consacrés. La théorie de Portalis, la théorie qui voyait essentiellement dans le mariage

une institution naturelle, nécessaire et aussi ancienne que l'homme, est à peu près universellement rejetée. Le mariage est pour nos contemporains chose essentiellement contingente, une simple affaire de mœurs et de législation. La théorie que le Premier Consul n'avait pu faire triompher en 1804 a reçu la consécration de notre doctrine, de nos Parlements, de nos tribunaux.

Il est hors de doute que, pour la presque unanimité de nos contemporains, le mariage tient tout entier dans une convention. Ouvrons les traités de droit civil les plus récents; voici de quelle façon on y définit le mariage :

« Le mariage est un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré. » (1)

« Le mariage est un contrat. Le code ne le dit pas, mais cela est de tradition. » (2)

« Le mariage est une convention obligatoire qui se forme par le consentement des parties légalement constaté; c'est un contrat générateur d'obligations. » (3).

La jurisprudence de nos cours et de nos tribunaux est imbue de la même idée. Ce n'est sans doute

(1) PLANIOL. *Droit civil*.

(2) BAUDY LACANTINERIE. *Précis de droit civil*.

(3) HUC. *Commentaire théorique et pratique du code civil*.

que tout à fait exceptionnellement qu'elle invoque expressément l'idée de contrat, mais ses jugements et ses arrêts sont remplis de cette idée que le mariage et l'organisation de la famille sont choses essentiellement contingentes, procédant non point de la nature, mais de la loi et de la volonté des époux.

Dans nos assemblées législatives la même théorie a été, à diverses reprises, développée, et tout dernièrement le garde des sceaux l'invoquait à la tribune du Sénat (1).

Notre littérature, enfin, s'en est emparée, et le théâtre et le roman l'ont vulgarisée (2).

Et, chose remarquable pour peu qu'on cherche à se rendre compte de l'état d'esprit de nos modernes théoriciens du mariage, il est facile de constater qu'ils ne se donnent même pas la peine de justifier leur théorie, mais se contentent de fonder leur affirmation sur une double pétition de principe : tantôt, en effet, ils déclarent que, le mariage étant un contrat, le consentement des parties est nécessaire pour sa formation ; tantôt ils affirment que, le mariage se formant par le consentement des parties, est bien un contrat. Voilà tout le raisonne-

(1) V. Sénat. Séance du 25 fév. 08.

(2) Une double enquête, faite à peu près à la même époque par *La Presse* et *La Revue*, et où figurent les plus distingués de nos littérateurs modernes, montre clairement l'empire que cette théorie a pris de nos jours.

ment, par trop simple on en conviendra, qu'on peut trouver chez les auteurs; tellement l'idée de contrat est passée à l'état d'axiome de droit; à tel point même que les adversaires les plus convaincus des inévitables conséquences de cette théorie du mariage ne semblent même pas se croire le droit de contester le principe, mais se contentent seulement d'essayer de conjurer ces conséquences en invoquant l'idée que le mariage est un contrat spécial.

On ne remédie à rien cependant par l'adjonction de cette épithète, car, de deux choses l'une: ou l'on accepte d'une façon générale les conséquences normales de cette idée de contrat, et alors l'épithète « spécial » devient inutile, car il est évident que chaque contrat a toujours certaines règles qui lui sont propres comme dérivant de sa nature et de sa définition même; ou l'on rejette en bloc ces conséquences, et alors la question se ramène à une peu intéressante querelle de mots.

C'est la première de ces deux alternatives que soutiennent les partisans du « mariage contrat spécial », sans voir, hélas! que des restrictions de ce genre ne peuvent rien contre la logique des idées. La théorie du mariage contrat spécial ne pouvait être, et n'a été en effet, qu'une phase de l'évolution de l'idée de contrat. Elle est encore soutenue de nos jours, (1) mais déjà elle cède le pas à une théo-

(1) V. notamment BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*.

rie plus avancée, et, il faut le reconnaître, plus nette et plus franche: de contrat spécial le mariage tend de plus en plus à devenir « un contrat comme un autre », (1) et ce simple changement de mots contient en puissance le bouleversement complet de l'institution tout entière.

II Les conséquences

De la théorie moderne du mariage, il est une première conséquence que l'on songe de suite à tirer: c'est celle qu'en avaient immédiatement déduite les législateurs révolutionnaires; elle est une simple application de la règle: *Quod solo consensu perficitur, contrario consensu dirimitur*. C'est le divorce, et non pas seulement le divorce pour causes déterminées, quelques nombreuses que soient ces causes, mais le divorce par consentement mutuel, peut-être même, nous le verrons, le divorce par la volonté d'un seul des époux.

C'est là une première conséquence importante; c'est le but direct auquel tendent de nos jours les théoriciens du mariage contrat. Il en est deux autres non moins graves: l'idée de contrat est susceptible de conduire à la suppression plus ou moins

(1) H. COULON.

complète de la puissance paternelle et de la puissance maritale.

La puissance paternelle et la puissance maritale, en effet, sont l'expression juridique des rapports qui existent entre les membres de la famille, des liens respectifs qui les unissent. D'autre part la forme de ces rapports doit, on le conçoit, dépendre de la nature du phénomène qui leur donne naissance. Et, comme il n'est rien de plus dissemblable que les termes d'institution naturelle et de contrat pris dans leur sens technique, on ne peut s'étonner que ces deux théories mènent à des résultats radicalement opposés. Cela demande quelques explications.

Dire que le mariage est une institution naturelle, c'est entendre par là qu'il a été la forme primitive et seule conforme à la loi naturelle, de l'union sexuelle de l'homme et de la femme. C'est admettre l'immutabilité de ses règles fondamentales, car la loi naturelle est immuable. La puissance paternelle et la puissance maritale une fois admises, (et cette théorie est obligée de les admettre) ne peuvent en aucun cas être supprimées ou diminuées, elles ne peuvent être à la merci d'un caprice d'une époque ou d'un individu.

Dire au contraire que le mariage est un contrat, c'est admettre qu'il est une création de la volonté humaine : tout contrat est essentiellement une créa-

tion de l'homme; les contrats sont choses artificielles en ce sens qu'ils pourraient ne pas exister et qu'ils n'ont pas toujours existé; ne voyons-nous pas que, plus on remonte le cours des siècles, plus on voit les rapports sociaux diminuer, et il est fort probable qu'à une époque où la division du travail n'existait à aucun degré les contrats, qui en sont la conséquence, n'existaient pas encore. Le mariage devenant ainsi dans cette théorie une institution humaine, aura la même fragilité que les institutions de ce genre. N'ayant pas toujours existé, pourquoi existerait-il toujours? Et surtout pourquoi existerait-il toujours avec des caractères identiques? De quel droit déclarer ses règles intangibles? Si le mariage n'est qu'une création des sociétés, ses effets seront modifiables par ces sociétés et à leur gré; en particulier, en ce qui concerne la puissance paternelle et la puissance maritale, il sera au pouvoir du législateur de les supprimer ou de les conserver, dans cette dernière hypothèse de les consacrer avec les caractères qu'il jugera convenables, sans en cela se laisser guider par autre chose que les mœurs ou les idées de son époque, de permettre même aux époux de faire à ce sujet toute conventions les modifiant, les admettant ou les rejetant, s'il considère que les dispositions qu'il a édictées ne sont pas assez importantes pour être regardées comme d'ordre public. De là une atteinte au moins possible à la puissance paternelle et à la puissance maritale.

D'autre part faire du mariage une institution naturelle ayant pour but la perpétuation de l'espèce humaine, c'est envisager le mariage uniquement au point de vue de son objet, au point de vue de l'enfant. C'est par suite admettre qu'il doit être soumis au régime qui favorise le mieux cet enfant. Or il n'est pas de mode d'union des sexes qui garantisse l'enfant mieux que l'union indivisible avec puissance paternelle et puissance maritale, éléments qui assurent au groupe familial la plus forte cohésion possible. La théorie contractuelle, au contraire, envisage le mariage sous un tout autre jour. L'idée de contrat, en effet, est inséparable de l'idée des contractants. On se trouve ainsi amené tout naturellement à envisager le mariage, non au point de vue de l'intérêt de l'enfant, intérêt immuable parce qu'il se confond avec l'intérêt de l'espèce et se trouve par suite soumis à des règles naturelles invariables, mais au point de l'intérêt des époux eux-mêmes, intérêt essentiellement contingent et variable non seulement suivant les temps et les lieux, mais suivant les individus eux-mêmes. Sans doute l'intérêt social fera toujours prendre en considération, à côté de l'intérêt des époux, l'intérêt de l'enfant ; mais cet intérêt étant déterminé seulement par l'intérêt social sera soumis par suite à l'appréciation des sociétés, et, dès lors, il suffira d'un courant d'idées étatistes intense comme celui qui se manifeste à notre époque pour faire tomber à rien la puissance paternelle et la puissance maritale.

En fait, lorsqu'on recherche les causes de l'affaiblissement continu qui caractérise l'évolution de la puissance paternelle et de la puissance maritale au XIX^e siècle, il est facile de reconnaître que ce n'est point seulement, pour donner satisfaction à des besoins nouveaux pour combler une lacune ou corriger quelques imperfections de l'œuvre de 1804, c'est-à-dire uniquement pour des raisons pratiques, que le législateur moderne a été amené à modifier cette œuvre, mais bien pour une cause plus profonde, touchant à la conception théorique même de la puissance paternelle, de la puissance maritale et du divorce. Sans doute des raisons pratiques sont venues aussi influencer le législateur, qui a quelquefois agi sous l'empire de considérations de pur fait; mais l'ensemble même de cette évolution lui a été dicté par des conceptions théoriques nouvelles. Ainsi, en matière de puissance paternelle, différentes affaires d' « enfants martyrs » sont venues influencer le législateur et le déterminer à voter diverses lois relatives à la protection de l'enfance contre les abus d'autorité du père. Ainsi certains abus injustifiables de la puissance maritale l'ont poussé à prendre des mesures rigoureuses de protection pour les femmes mariées. Mais, lorsqu'on regarde de près ces lois, on constate facilement que les dispositions qu'elles édictent sont bien plutôt des dispositions restrictives de la puissance du père ou

du mari que des dispositions protectrices de l'enfant ou de la femme. Il y a entre ces deux ordres de dispositions une nuance très marquée; le législateur aurait fort bien pu protéger la femme et l'enfant sans porter atteinte au principe même de la puissance paternelle; il ne l'a pas fait; si son action dans tel cas particulier a été déterminée par des circonstances de fait, elle a été dirigée par des considérations théoriques. L'ensemble des modifications apportées depuis un demi siècle à l'institution du mariage paraît ainsi, nous allons le voir plus longuement par la suite, avoir essentiellement sa cause dans une conception nouvelle de la puissance paternelle, de la puissance maritale et du divorce, qui provient elle-même de la transformation de l'idée du mariage, du développement de la théorie du mariage contrat, théorie qui fait du mariage une chose essentiellement contingente, une simple affaire de mœurs et de législation.

Section II

LES MODIFICATIONS SUBIES PAR L'INSTITUTION DU MARIAGE DEPUIS LE CODE CIVIL. LEUR RAPPORT AVEC LE DÉVELOPPEMENT DE L'IDÉE DE CONTRAT

I. La puissance paternelle

La puissance paternelle est l'ensemble des moyens mis à la disposition des parents pour assurer l'éducation de leurs enfants et la conservation de la famille. Partout et à toutes les époques elle a existé, car elle dérive de la nature même. Mais elle est loin d'avoir présenté toujours et partout les mêmes caractères et la même intensité; tantôt considérablement affaiblie dans les lois et dans les mœurs, tantôt au contraire poussée à l'extrême, jusqu'à faire de l'enfant l'esclave ou même la chose du père.

Lorsque les rédacteurs du code civil se trouvèrent en face de cette question, ils n'hésitèrent point à relever la puissance paternelle presque supprimée en droit et en fait pendant la période révolutionnaire, et à lui « restituer le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre » (1). Regardant vers le

(1) Projet Jacqueminot.

passé, ils laissèrent de côté la puissance paternelle des pays de droit écrit, qui n'était, plus ou moins transformée, que l'institution antinaturelle de la *patria potestas* romaine, et consacrèrent législativement l'autorité paternelle des pays coutumiers; et ils surent à merveille se tenir dans un juste milieu; leur œuvre fut une œuvre de mesure, de modération; consultant la nature, ils consacrèrent la puissance paternelle avec les caractères qu'elle présente nécessairement, mais repoussèrent toute exagération factice dans un sens ou dans l'autre, si bien qu'ils se sont trouvés par la suite en butte aux attaques des partis extrêmes, les uns réclamant l'extension de la puissance paternelle (1), les autres voyant au contraire dans la puissance paternelle du code civil un vestige de l'ancienne *patria potestas*, qui doit disparaître comme elle (2).

Les mœurs et les idées ont marché depuis 1804. Le père, alors, était vraiment considéré comme ayant sur son enfant un droit véritable. C'était autrefois la théorie de Grotius et de Hobbes. Cette théorie

(1) V. AUBRY et RAU. FUZIER HERMANN: *De la protection légale des enfants contre les abus de l'autorité paternelle*. — BOISTEL: *Le droit de la famille*.

(2) V. Discours de rentrée de la Cour de Cass. FEUILLOLEY. *Journal le Droit*, 17 oct. 1901.

semble admise par Montesquieu (2) et l'expression s'en retrouve encore dans la bouche des rédacteurs du code civil (3). Sans doute il ne faudrait pas voir dans ces mots de Portalis jetés en passant dans un discours la base de la théorie des rédacteurs du code sur la puissance paternelle, car l'idée d'une sorte de droit de propriété était en réalité bien loin de leur pensée, les travaux préparatoires en font foi à tout instant. Cependant il n'en est pas moins vrai que, par le fait même de la génération, le père a un droit très étendu sur son enfant : c'est le droit du créateur sur l'objet créé, et si un droit de propriété pouvait exister sur les personnes, ce droit existerait ici. Mais les personnes ne sont pas et ne peuvent, à raison de leur nature même, être soumis à un droit de propriété. Le droit du père est donc un droit *sui generis*, qui ne peut être comparé aux droits que l'on peut avoir sur les choses, à raison de la différence d'objet, et qui n'a dans la langue du droit d'autre nom que celui de « puissance paternelle ». D'un autre côté, à raison du caractère de moralité qui est dans l'homme, tout acte par lui volontairement accompli engendre pour lui des obligations. Cet enfant

(1) « Le consentement des pères (au mariage) est fondé sur leur puissance, c'est-à-dire sur leur droit de propriété. » MONTESQUIEU. *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. VII.

(2) « Une sorte d'esprit de propriété, dit Portalis, ajoute encore à l'amour que la nature a mis dans le cœur des pères. »

que le père a mis au monde, il n'a plus le droit de l'abandonner; il doit le nourrir, l'entretenir et l'élever; et les droits qu'il a sur lui ne sont pour ainsi dire que des corollaires de ces devoirs, des moyens de les remplir convenablement. Mais d'autre part ces devoirs qui, à bien des égards, constituent le plus beau des privilèges, la plus belle des prérogatives, il les remplit de la façon qu'il juge convenable. C'est pour le père un véritable droit d'élever son enfant physiquement et moralement comme il lui plaît. Ainsi, en cette délicate matière, le droit est lié au devoir comme le moyen au but, et ils se confondent souvent.

Telle était, ce semble, à en juger par les travaux préparatoires, la conception que les rédacteurs du code civil s'étaient faite de la puissance paternelle, et cette puissance ils l'avaient largement dispensée législativement au père, convaincus sans doute comme Montesquieu « qu'elle est encore de toutes les puissances celle dont on abuse le moins. » (1)

Mais les législateurs postérieurs ne devaient point considérer la question de ce point de vue : au droit du père ils allaient substituer le droit de l'enfant et le droit de l'Etat, montrant une tendance

(1) MONTESQUIEU. *Lettres persanes*, n° 79.

de plus en plus accentuée vers la protection de plus en plus complète de l'enfance par l'Etat, et aussi vers la limitation jusqu'à l'excès de la puissance paternelle.

Ce long mouvement hostile à la puissance paternelle, qui n'est point certainement terminé encore de nos jours, commence vers 1850.

Le 5 août 1850, une loi sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus permet déjà, malgré la puissance paternelle, de pourvoir à la garde et à l'éducation, non seulement des enfants condamnés, mais aussi des enfants simplement envoyés en correction et par conséquent reconnus non coupables, faisant, de ce chef, subir à la puissance paternelle d'importantes restrictions.

Puis la loi du 28 mai 1851 sur le contrat d'apprentissage, celle du 19 mai 1874 sur le travail des enfants dans l'industrie, celle du 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, enfin celle du 23 décembre de la même année sur la protection des enfants du premier âge, toutes réglementant la garde et l'éducation des enfants aux mains des préposés des parents, restreignent déjà d'une façon indirecte la liberté d'action de ceux-ci. Elles montrent nettement la marche ascendante suivie par le législateur dans le sens de la réglementation et des restrictions à la liberté d'action des pères de famille dans la personne des patrons leurs délégués.

C'est cependant là encore peu de chose puisque les droits du père de famille ne sont pas directement diminués. Celui-ci trouvera peut-être plus difficilement à placer son enfant, mais sa liberté d'action ne se trouve ainsi restreinte que d'une façon tout à fait indirecte. Il n'en est plus de même à partir de 1881 : Le législateur va procéder désormais par voie de limitation générale et directe aux droits des parents (1).

La loi du 9 avril 1881 permet aux mineurs, à partir de 16 ans accomplis, d'opérer des dépôts et des retraits dans les Caisses d'épargne.

La loi du 28 mars 1882, établissant le principe de l'instruction primaire obligatoire, déterminant la période pendant laquelle l'enfant doit recevoir cette instruction et réglant le programme des matières qui feront l'objet de l'enseignement, porte une plus grave atteinte aux droits du père de famille.

La loi du 20 juillet 1886 permet au mineur âgé de 16 ans de faire des versements à la Caisse des retraites pour la vieillesse sans avoir besoin d'aucune autorisation.

(1) La loi du 7 décembre 1874 relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, avait déjà fait un premier pas dans cette voie en ne distinguant pas la plupart du temps entre les parents et les étrangers.

Enfin, la loi du 24 juillet 1889 accomplit une réforme plus décisive encore en posant le principe de la déchéance de la puissance paternelle dans un grand nombre de cas.

Et le mouvement législatif se continue jusqu'à nos jours avec les lois des 2 novembre 1892 (1), 20 juillet 95 (2), 20 juin 96 (3), 19 avril 98 (4) et enfin la loi de 1907 sur le consentement à mariage.

Mais il ne suffit pas d'envisager la question au point de vue législatif ; à notre époque, en effet, à côté de ce pouvoir il en est un autre qui s'est arrogé en bien des cas le droit de faire ou de corriger la loi lorsqu'à son gré elle était incomplète ou mauvaise ; l'œuvre prétorienne des tribunaux est considérable en notre pays et sur cette matière de la puissance paternelle elle a trouvé largement à s'exercer.

Un point frappe tout d'abord : c'est que les tribunaux se sont constamment reconnu le droit de contrôler l'exercice de la puissance paternelle, bien que ce droit ne se trouve nulle part écrit dans les textes. Se basant sur cette idée que la puissance paternelle est uniquement établie dans l'intérêt de

(1) Sur le travail des enfants.

(2) Sur les caisses d'épargne.

(3) Sur le consentement à mariage.

(4) Sur la répression des violences et attentats commis envers les enfants.

l'enfant, ils ont considéré que, toutes les fois que le père n'en usait point suivant ces intérêts, elle devait lui être retirée au moins partiellement. Cette affirmation n'était-elle point pourtant bien téméraire, lorsque, étudiant les travaux préparatoires, au Premier Consul protestant contre toute restauration du despotisme paternel, on entend Tronchet répondre que « l'enfant n'appartient qu'au père. »

Quoiqu'il en soit, les tribunaux se sont montrés sans cesse les fidèles auxiliaires du législateur dans son œuvre de destruction de la puissance paternelle. La plupart du temps même ils l'ont précédé.

Et cependant, il y avait, ce semble, dans le code un article qui eût pu permettre à la jurisprudence une tout autre ligne de conduite, qui semblait même l'y inviter : C'est l'article 371. « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » On a souvent regardé cet article comme un principe de pure morale, ne devant pas avoir à proprement parler d'effets juridiques. Mais les codes sont-ils donc faits pour cela, et a-t-on l'habitude d'y mettre des principes de morale sans effets juridiques ? D'autres commentateurs ont voulu y voir le principe de toutes les autres dispositions du titre. Mais alors il ne serait guère qu'une inutilité. Les travaux préparatoires étant très confus sur ce point et renfermant les assertions les plus contradictoires, n'eût-il pas été très facile à la jurisprudence de

prendre cette disposition pour un principe juridique au même titre que les autres articles et de lui donner toutes les conséquences que logiquement elle comportait (1), d'en tirer, par exemple, entre autres, cette conclusion que l'enfant ne pourrait en aucun cas exercer une action déshonorante contre ses parents? C'aurait peut-être été conforme au droit naturel et ce n'eût point été en contradiction avec le code, pas plus du moins que les solutions adoptées. Mais la jurisprudence était animée du même esprit que le législateur et cet esprit la poussait, non à fortifier ou même à conserver la puissance paternelle, mais à la diminuer en toute occasion. Un fait entre autres le montre bien : On sait que la loi de 89, dans son article 2, établit dans six paragraphes un certain nombre de cas où la déchéance de la puissance paternelle est facultative pour les tribunaux; les quatre premiers paragraphes se réfèrent au cas où les parents auraient été condamnés pour certains faits ou à certaines peines énumérées par la loi, le cinquième au cas où les enfants auraient été conduits dans une maison de correction en vertu de l'article 66 c. pen. le sixième enfin permet aux tribunaux de déclarer déchu

(1) Elle eût pu pour cela s'appuyer sur les paroles du tribun Albiisson, déclarant que les tribunaux pourraient « y trouver un point d'appui en beaucoup d'occasions. » L'*expressio* était vague et donnait place à une large interprétation.

de la puissance paternelle « en dehors de toute condamnation les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants. » Un grand pouvoir arbitraire se trouvait ainsi légalement conféré aux tribunaux, et ceux-ci n'ont pas hésité à en faire le plus large usage. Ainsi, en 1897, sur 1112 cas de déchéance de la puissance paternelle, il y en a eu 43 seulement d'obligatoires et 1069 facultatifs; sur ces 1069 déchéances facultatives, 991 ont été prononcées en dehors de toute condamnation pénale. En 1899, sur 1059 déchéances, il y en a eu seulement 40 prononcées de plein droit et 906 facultatives (1). C'est donc là un point acquis; la puissance paternelle est de nos jours en pleine décadence, les pouvoirs publics semblant n'avoir qu'un but, celui d'en faire disparaître les derniers vestiges.

J'ai avancé au commencement de ce chapitre que ce mouvement de législation et de jurisprudence paraissait provenir d'une conception nouvelle de la puissance paternelle se rattachant à l'évolution de l'idée moderne du mariage. Nous avons vu que, théoriquement, la chose était possible; nous allons

(1) V. BERTHÉLEMY. Rapport au Congrès national d'assistance de Lyon, 1894.

voir maintenant que cette hypothèse est confirmée dans la réalité, que législateur et tribunaux procèdent essentiellement en vertu de cette idée que, le mariage et la famille étant créations de la loi civile, doivent être uniquement soumis à la réglementation de cette loi civile qui peut les modifier à son gré, et placés sous le contrôle incessant des pouvoirs publics. On ne saurait prétendre, sans doute, sans exagération manifeste que toutes les lois votées depuis 1850 en cette matière, ont été uniquement et immédiatement dictées par cette idée; il en est beaucoup parmi ces lois qui, ne portant pas directement atteinte au principe de la puissance paternelle, n'ont point été basées par leurs auteurs sur des raisonnements de droit, mais leur ont été uniquement inspirées par des considérations pratiques. Il en est même ainsi peut-être de la plus grande partie de ces lois, exception faite des lois du 27 mai 74, de 89 et de 98. Cela posé, on peut facilement, semble-t-il, établir les deux propositions suivantes: 1° Tout l'ensemble de cette législation est imprégné de cette idée que la puissance paternelle est chose artificielle, factice; 2° La loi fondamentale de la matière, la loi du 24 juillet 89 est directement et immédiatement dictée par cette idée.

D'abord, en effet, la conception des rédacteurs du code, la conception qui faisait de la puissance paternelle une institution naturelle, effet et consé-

quence nécessaires de cette autre institution naturelle le mariage, permettait-elle d'en faire dans tant de cas si bon marché? Les législateurs de 1804 ne l'avaient point cru et à juste titre. Si elle ne mettait point obstacle à l'intervention de la puissance publique lorsque le père abusait manifestement de ses pouvoirs, elle ne permettait point, en revanche, de s'attaquer à la notion même de la puissance paternelle; elle autorisait seulement les pouvoirs publics à venir en fait au secours de l'enfant maltraité, en se plaçant simplement « au point de vue de l'intérêt de l'enfant » et non « au point de vue d'une indignité prétendue des parents, au point de vue d'une déchéance de leur capacité naturelle. » (1) Conçue par les rédacteurs du code comme au-dessus des lois, il est bien logique que les lois ne pouvaient en principe y porter aucune atteinte par voie de mesures générales, qu'elles pouvaient seulement dans tel cas particulier apporter tel remède déterminé et dans la mesure seulement où il était absolument nécessaire; en un mot, qu'elles devaient agir en fait et jamais en droit. Or n'est-ce pas tout le contraire que faisait le législateur, et ne portait-il pas atteinte au principe même de la puissance paternelle, indirectement d'abord lorsque, par les lois du 28 mai 51, du 19 mai 74, du 23 décembre 74, il

(1) V. paroles de M. LÉON CLÉMENT, Séance du Sénat du 27 mars 85.

règlementait de façon générale la garde et l'éducation des enfants aux mains des préposés des parents, directement ensuite lorsque, par la loi du 28 mars 1882, il obligeait le père de famille à donner à son enfant une instruction déterminée?

Jusqu'ici, sans doute, pas de théorie générale nouvelle sur la puissance paternelle et aux idées modernes nos législateurs ne donnaient peut-être qu'une consécration inconsciente. Mais avec la loi de 89 il n'en est plus ainsi.

On peut remarquer d'abord que cette loi est la première qui emploie l'expression « déchéance de la puissance paternelle » (1); les articles du code pénal ne l'employaient pas, non plus que la loi du 7 décembre 1874 (2). En outre, l'article 17 de la loi permet au père d'abandonner à d'autres ses droits de puissance paternelle, de transmettre ses droits comme il céderait une chose quelconque lui appartenant. Il peut même renoncer à tel droit déterminé et conserver les autres, comme le laisse entendre l'article 17, dans son dernier alinéa, supposant que le père a retenu le droit de consentir au mariage de

(1) « Les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit à l'égard de tous leurs enfants et descendants de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent, etc... » art. 1.

(2) « Les père et mère pourront être privés des droits de la puissance paternelle. »

son enfant. Est-ce là la théorie de Réal, regardant la puissance paternelle comme « indépendante de toutes les conventions » ? Mais il y a plus : On trouve dans la bouche d'un des auteurs de cette loi, M. Courcelle Seneuil, les paroles suivantes, qui exposent de la façon la plus nette l'esprit de la loi, et ne laissent plus subsister aucun doute sur la façon dont les législateurs de 89 considéraient la puissance paternelle.

Dans le rapport de M. Courcelle Seneuil au Conseil d'Etat, on relève en effet la phrase suivante : « Si la paternité est un fait de nature, la puissance paternelle est, comme le mariage d'où elle naît, une création de la loi positive. C'est la loi civile qui constitue la famille et lie ses membres par des conditions qui sont pour eux des engagements. » Et M. Courcelle Seneuil base là-dessus le droit perpétuel d'intervention du législateur en cette matière.

Il était impossible d'affirmer plus nettement la relativité de la puissance paternelle et son caractère de chose factice, de création de la loi positive. Il était impossible également de montrer de façon plus saisissante comment la question de la puissance paternelle se trouve liée à la question de la nature du mariage, et comment la législation moderne qui, au premier abord, semble essentiellement imbuë d'un inexplicable esprit systématique d'hostilité contre le père, n'est que la conséquence fatale de la nouvelle conception du mariage.

Tel est l'esprit du législateur. Celui de la jurisprudence est exactement le même, et l'on cite comme une exception à peu près unique un jugement du tribunal du Puy, déclarant que « les droits qui dérivent de la puissance paternelle sont antérieurs à toute législation et ont leur source dans la nature; un intérêt d'ordre public, qui doit dominer tous les intérêts privés, s'oppose à ce qu'il soit porté atteinte à une institution que le législateur n'a pas établie, mais qu'il ne fait que consacrer. » (1)

II. La puissance maritale

Si la puissance paternelle s'affaiblit peu à peu, la puissance maritale tend plus rapidement encore à disparaître, et, du train dont vont les choses et les idées, elle ne sera bientôt plus qu'un souvenir.

Ici encore nous sommes loin des idées de 1804, et des propositions considérées comme tout à fait naturelles et allant de soi à cette époque risqueraient fort de livrer aujourd'hui leurs auteurs au mépris universel. Qui oserait aujourd'hui, dans une de nos assemblées législatives, s'écrier, comme le faisait un jour le Premier Consul au Conseil d'Etat : « La nature a fait de nos femmes nos esclaves ! Le

(1) D. 70. 3. 64. V. TAUDIÈRE, *Traité de la puissance paternelle*, p. 175.

mari a le droit de dire à sa femme : Madame, vous ne sortirez pas ! Madame, vous n'irez pas à la Comédie ! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne ! c'est-à-dire : Madame, vous m'appartenez corps et âme ! » (1) Sans doute, le Premier Consul avait sur cette question des idées toutes spéciales. La femme ne peut être l'esclave du mari, pas plus en fait qu'en droit, pas plus en pratique qu'en théorie, et, certes, telles n'étaient point en cela les idées des conseillers d'Etat qui collaboraient avec lui à la rédaction du code (2).

Pour les rédacteurs du code, dont la constante préoccupation en ces délicates matières était uniquement, en vertu de leur conception du mariage et suivant leurs paroles mêmes, de chercher dans la nature le plan du gouvernement de la famille, la femme n'est nullement, en quoi que ce soit, l'inférieure de l'homme. C'est Portalis lui-même, c'est-à-dire l'inspirateur principal de toutes les dispositions du titre du mariage, qui le déclare dans l'Exposé des motifs. Cela devrait fermer la bouche à tous ceux qui réclament à grands cris la suppression de tous les articles du code qui font à la femme dans la famille une situation différente de celle du mari, comme fondés sur une idée d'infériorité de

(1) Mémoires sur le Consulat, p. 426.

(2) V. PORTALIS. *Exposé des motifs du titre : Du mariage.*

la femme, idée qui, d'après eux, ne saurait plus être recevable aujourd'hui. Non, en cette matière les dispositions du code civil ne sont point fondées sur une idée d'infériorité de la femme en face du mari, mais sur une différence d'aptitude, et différence ne veut point dire infériorité. « L'homme et la femme ont partout des rapports et partout des différences. » Dans le premier cas « ils sont égaux », dans le deuxième « ils ne sont pas comparables. » « Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et leurs devoirs respectifs » et, en définitive, on est obligé de reconnaître que « ce ne sont pas les lois, c'est la nature même qui a fait le lot des deux sexes. » Voilà la théorie du code civil, sans doute bien différente de celle du Premier Consul.

Ces deux théories ont cependant entre elles un lien qui est leur fondement même. Remarquons en effet que ce droit de prééminence du mari envers la femme, droit très limité pour Portalis, absolu pour Bonaparte, est, par l'un et par l'autre, toujours et uniquement fondé sur la nature, le premier déclarant que « c'est la nature qui a fait le lot des deux sexes », le second s'écriant que « la nature a fait de nos femmes nos esclaves. »

Se fondant sur la constitution physique même des époux, les rédacteurs du code avaient condensé leur théorie de la condition juridique des époux l'un

à l'égard de l'autre dans ce double précepte : Le mari doit protection à sa femme et la femme obéissance à son mari, établissant ainsi non pas, comme on a voulu le croire, d'un côté le droit, de l'autre le devoir, mais de chaque côté uniquement des devoirs, devoir différents sans doute, mais devoirs malgré tout. Et de ces devoirs de protection pour le mari, d'obéissance pour la femme, ils avaient fait logiquement découler une série de droits qui, dans leur pensée, n'étaient que des moyens pour l'un et l'autre époux de remplir ses devoirs.

La postérité n'a point compris ou n'a point voulu comprendre cette sage théorie des rédacteurs du code, si nettement indiquée par Portalis dans l'Exposé des motifs du titre Du mariage. Elle n'y a vu que l'oppression de la femme par le mari. Dans la différence elle a vu l'inégalité, et, partant de cette idée, elle s'est appliquée de plus en plus à établir l'égalité par l'identité de droits des époux.

Le mouvement est certainement au moins aussi marqué que pour la puissance paternelle, quoique le nombre des lois nouvelles sur cette matière soit sensiblement inférieur. On n'en compte guère, en effet, que quatre, savoir :

La loi du 9 avril 81, créant une Caisse d'épargne postale.

La loi du 20 juillet 86, relative à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse.

La loi du 6 février 93.

La loi du 13 juillet 1907.

La première, permettant dans son article 6 aux femmes mariées, de se faire délivrer un livret de Caisse d'épargne, d'opérer des dépôts et des retraits de fonds sans l'autorisation de leur mari, porte déjà une grave atteinte au principe de la puissance maritale.

La deuxième, analogue, fait un nouveau pas dans la même voie en déclarant dans son article 13 que « les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari. »

La loi du 6 février 93, établissant que l'autorité maritale et l'incapacité de la femme mariée ne sont plus la conséquence nécessaire du mariage, mais seulement de la vie en commun, constitue, comme le fait remarquer M. Glasson, (1) « la mesure la plus grave qui ait été prise en France dans l'intérêt des femmes.

Enfin, la loi du 13 juillet 1907 diminue gravement la puissance maritale en étendant singulièrement la capacité personnelle de la femme. Elle attribue en effet à la femme la plus entière liberté en ce qui concerne les produits de son travail : la femme peut disposer librement non seulement de l'ar-

(1) Rapport sur le concours pour le prix du budget.

gent qu'elle a gagné, mais des biens et valeurs qu'elle a pu acquérir avec les économies faites par elle sur cet argent, elle peut aliéner ces biens, les hypothéquer si ce sont des immeubles; elle peut plaider à leur sujet sans aucune autorisation; en un mot l'autorité maritale est ici entièrement supprimée. De plus, la loi permet même à la femme de saisir le salaire de son mari pour s'en faire attribuer la disposition, si le mari le gaspille au lieu de l'employer aux charges du ménage; il lui suffit pour cela d'obtenir l'autorisation du juge de paix. Aussi M. Planiol considère-t-il cette loi comme portant un coup décisif à l'autorité maritale.

Ici d'ailleurs, comme en matière de puissance paternelle, la jurisprudence est venue aggraver l'œuvre du législateur, de façon moins profonde sans doute car la matière s'y prêtait moins, mais cependant sensible.

L'action de la jurisprudence a surtout consisté dans l'extension de l'article 219 c. civ., qui permet à la femme de demander à la justice l'autorisation injustement refusée par le mari. Cette disposition est générale et s'applique dans tous les cas, sauf exceptions posées par la loi. Toute la question est de savoir si ces exceptions existent, c'est-à-dire s'il y a des cas où, pour des raisons exceptionnelles, le mari doit être considéré comme seul juge de l'opportunité de l'autorisation demandée.

La plupart des auteurs voient un de ces cas dans l'article 4 du code de commerce, aux termes duquel « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » Le texte n'ajoutant pas : ou de justice, la plupart des auteurs en concluent que la femme, au cas de refus du mari, ne peut se faire autoriser à cet effet par la justice. A un puissant argument de texte viennent d'ailleurs s'ajouter de fortes raisons pratiques en ce sens.

De même, en matière d'engagement théâtral, et même, de façon plus générale, lorsqu'il s'agit pour la femme de se livrer à l'exercice d'une profession quelconque, la doctrine, presque unanimement, réserve au mari seul le droit d'autorisation. Elle se fonde surtout sur des raisons morales, aucun texte ne prévoyant la question.

La jurisprudence, au contraire, a admis une théorie nettement opposée. Beaucoup de jugements et d'arrêts ont autorisé des femmes mariées à contracter un engagement théâtral sur le refus du mari, par la raison « que la disposition de l'article 219 est générale, qu'elle n'admet point d'exception et ne pouvait en admettre, qu'il était en effet impossible de reconnaître au mari le droit d'empêcher sa femme d'exercer honnêtement une profession qui serait son unique ressource. » (1)

(1) V. Paris 24 oct. 44. S. 44. 2. 581. — Grenoble 27 janv.

La jurisprudence a ainsi suivi la même voie qu'en matière de puissance paternelle, s'arrogeant, lorsque la loi ne le lui donnait pas, un véritable droit de contrôle à l'égard des rapports du mari avec sa femme, comme à l'égard des rapports du père avec ses enfants.

Où a-t-elle pris ce droit? Dans la loi? Certes, dans le plus grand nombre de cas, les articles 218 et 219 c. civ. le lui permettent. Mais quand la loi est muette, quand il est impossible de rien trouver dans les textes qui autorise les tribunaux à s'entremettre entre les époux, à substituer leur autorité à celle du mari, il faut appliquer le droit commun. Quel est-il donc ce droit commun? Si le mariage est une institution dont les règles ont été fixées par la nature avant d'être enregistrées dans les codes, si, par suite, la puissance maritale existait dans la nature avant d'être posée par les législateurs, le droit commun, certes, c'est bien la femme soumise uniquement à l'autorité du mari, ce sont bien les rapports familiaux supérieurs aux rap-

63. S. 63. 2. 79. — Lyon 16 janv. 69. S. 69. 2. 273. — Paris 3 janv. 68. D. 68. 2. 28.

Cette question a d'ailleurs perdu la plus grande partie de son importance depuis la loi du 6 fév. 93 restituant à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile, car en pratique c'était surtout pour cette catégorie de femmes que ces questions s'élevaient.

ports sociaux, les relations entre les membres de la famille échappant aux pouvoirs législatif et judiciaire. Si l'on adopte cette conception du mariage, il faut un texte formel, il fallait les articles 218 et 219 c. civ. pour permettre l'intervention des tribunaux; et les rédacteurs du code avaient pensé par suite qu'il suffisait au législateur de se taire pour rétablir dans tel ou tel cas le droit commun, c'est-à-dire le principe de la non-intervention de la justice. (1) Mais si, au contraire, on veut voir dans le mariage une simple convention civile, si par suite c'est uniquement la loi ou la volonté des époux qui règle ses effets, comment nier la légitimité d'un droit perpétuel de surveillance et d'intervention des tribunaux au cas où celui des époux qui se croit lésé leur a fait appel?

Il y aurait sans doute exagération à conclure de là que la théorie de la jurisprudence sur ce point provient uniquement et nécessairement de l'adoption de la théorie du mariage contrat, mais on peut y voir cependant un indice en ce sens, et tout au moins une forte raison de penser que la jurisprudence moderne, pour faire si bon marché de l'autorité maritale chaque fois qu'elle en a l'occasion, doit

(1) D'autant plus que les art. 218 et 219 c. civ. ne posent pas de façon générale le principe de l'intervention des tribunaux, mais le posent seulement dans deux cas: 1. l'exercice d'une action en justice; 2. la passation d'un acte.

être pénétrée de cette idée que les rapports entre époux sont des rapports bien factices puisqu'ils sont dans tous les cas à la merci du pouvoir social.

En ce qui concerne le mouvement législatif actuel, au contraire, la question ne paraît faire aucun doute. L'affaiblissement continu de la puissance maritale, l'affirmation continuelle du droit d'intervention des tribunaux et même la suppression totale de la puissance maritale et son effacement de nos codes, paraissent bien être la conséquence logique et nécessaire de la conception théorique moderne du mariage.

Un passage du livre de Stuart Mill sur l'assujettissement des femmes montre avec une très grande netteté comment, en partant de cette conception du mariage, on en arrive à la suppression de toute puissance maritale. « Il n'est pas vrai, écrit Stuart Mill, que, dans toutes les associations volontaires de deux personnes, l'une doive être maîtresse absolue, et il appartient encore moins à la loi de dire laquelle le sera. Après le mariage la forme d'association volontaire la plus usitée est la société commerciale. On ne juge pas nécessaire de régler par la loi qu'un des associés aura toute la direction des affaires et que les autres seront tenus d'obéir à ses ordres. » D'après Stuart Mill, les rôles respectifs des époux devraient donc être réglés non plus de façon immuable par le législateur, interprétateur en cette ma-

tière de la loi naturelle, mais uniquement par la convention des époux. La suppression complète de la puissance maritale se trouve ainsi être une conséquence toute normale de l'idée primordiale admise par Stuart Mill, à savoir que le mariage est un contrat. C'est bien ainsi que M. Morizot Thibault interprète le passage de Stuart Mill dans son *Traité de la puissance maritale*. (1) « On a proposé, dit-il, de substituer à l'inflexibilité du texte (2), une disposition qui accorderait la loi avec les faits. On laisserait aux futurs époux le soin de consulter leurs aptitudes particulières et de désigner librement le chef de la société conjugale. La femme pourrait ainsi prendre la direction lorsqu'elle aurait, plus que son mari, la capacité de conduire. C'est le système de M. Stuart Mill. On le dit supérieur à la loi présente parce qu'il ramène la société conjugale aux principes des sociétés ordinaires, c'est-à-dire à la liberté. » La dernière phrase de ce passage établit bien encore l'existence d'un rapport étroit entre la théorie qui veut assimiler le mariage à un contrat de société et la solution pratique proposée en matière de puissance maritale.

Si, d'ailleurs, le moindre doute pouvait subsister à ce sujet, il suffirait de se reporter au compte rendu

(1) P. 158.

(2) C'est-à-dire de l'art. 1388.

d'un congrès tenu, il y a quelques années, à Paris (1), où la suppression de la puissance maritale et son remplacement par le principe de la liberté des conventions ont été nettement et très logiquement déduits de l'idée théorique même du mariage. Voici d'ailleurs, le passage le plus important de la discussion, qu'il est utile de citer ici, malgré sa longueur, car il présente avec la plus grande netteté les idées théoriques qui ont cours de nos jours sur la matière.

«.....M. le Foyer présente un vœu ainsi conçu : Le congrès émet le vœu que la loi ne régie l'association conjugale quant aux personnes, conformément à ce qui existe déjà pour les biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions prohibitives de la loi.

M. Le Foyer. — Il existe pour les biens un principe de liberté des conventions formulé dans l'article 1387 qui dit : la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions des personnes. Ainsi vous pouvez, selon votre goût, suivant les cas, convenir de contrats matrimoniaux quant aux biens, mais pour les personnes le princi-

(1) Congrès international de la condition et des droits des femmes. Paris 1900.

pe contenu dans la loi est tout différent. Il y a plusieurs mariages quant aux biens, il n'y en a qu'un quant aux personnes.... Je demande qu'il soit fait pour le régime des personnes un progrès analogue à celui qui existe déjà pour les biens... que nous ayons plusieurs types de mariage, un certain nombre de maisons modèles adaptées aux diverses exigences et aux diverses aptitudes, où chacun puisse s'installer commodément. A côté de ces divers régimes quant aux personnes, il faut que le grand principe de la liberté des conventions trouve sa place, que, si on peut se mettre d'accord sur les intérêts pécuniaires, qui sont des questions relativement secondaires, on puisse se mettre d'accord aussi sur les questions primordiales, qui sont les questions de sentiment et de personnes.

Mme la Présidente. — Si je vous ai bien compris, M. Le Foyer, vous voulez que les conjoints soient libres de faire, quant à leur personne, comme quant à leurs biens, au moment du mariage, telles conventions qu'ils désirent?

M. Le Foyer. — Oui. »

C'est net; c'est, dans le mariage, l'union des personnes assimilée à l'union des biens, à la société qui se forme alors entre les époux, société qui n'est qu'un accessoire du mariage, puisque, non seulement elle ne le constitue pas, mais n'en est qu'une conséquence ordinaire et non nécessaire. Point n'est

besoin, ce semble, d'insister beaucoup. Les citations précédentes montrent suffisamment comment, en partant de la théorie du mariage contrat, on arrive fatalement en poussant le raisonnement jusqu'au bout, à la destruction de la puissance maritale.

On ne saurait, certes, prétendre que le législateur moderne se soit constamment fait ce raisonnement, et que ce soit dans un but de rigoureuse logique qu'il a voté les lois dont nous parlions plus haut. Le législateur se laisse en général guider bien plutôt par des raisons d'utilité que par des raisons de pure logique. Cependant, non seulement l'ensemble de son œuvre laisse à chaque instant entrevoir combien il est imbu de cette idée, mais encore, en examinant de près les discussions, (tout au moins celles du Sénat, car la Chambre des députés s'est déterminée en général avec la plus grande précipitation et sans aucune discussion), on trouve à plusieurs reprises l'idée nettement indiquée.

Nous laisserons de côté les lois de 81 et de 86, car en les votant, le législateur n'avait certainement pas voulu porter atteinte au principe de la puissance maritale. C'est sans le vouloir, inconsciemment pour ainsi dire, qu'il l'avait atteint. Lorsqu'il votait en effet l'article 6 de la loi de 81 et l'article 13 de la loi de 86, il déclarait formellement que la femme qui faisait avec l'argent de la communauté les dépôts autorisés par l'article 6 de la loi de 81 ou l'article 13

de la loi de 86, agissait non point en son nom propre, mais comme mandataire de son mari, en vertu d'un mandat tacite, et il réservait d'ailleurs au mari le droit de faire opposition au retrait des fonds. Toutefois deux observations viennent singulièrement aggraver ces dispositions. D'abord, si, en vertu de ces lois, le mari pouvait s'opposer au retrait des fonds déposés, il n'avait par contre aucun moyen de s'opposer au dépôt lui-même. En outre, lorsqu'à la suite des exigences des Caisses d'épargne demandant au mari qui voulait s'opposer au retrait des fonds déposés une opposition en règle, c'est-à-dire une opposition analogue à celle qu'eût dû faire un créancier ordinaire, au lieu de se contenter d'une opposition quelconque, comme semblaient l'exiger les principes du mandat, une controverse se fût élevée à ce sujet, la loi du 20 juillet 95 vint expressément confirmer la théorie des Caisses d'épargne, en déclarant que l'opposition devait avoir lieu en la forme des actes extrajudiciaires. De sorte que, reconnaissant pour ainsi dire par là à la femme un droit propre sur les sommes portées à son livret, la loi de 1881 complétée par la loi de 1895 faisait au fond bon marché de la puissance maritale.

En ce qui concerne la loi du 6 février 93, les débats sont plus instructifs.

Ce n'est pas uniquement dans la session de 93 qu'il faut les chercher. Il faut se reporter de beaucoup

en arrière, au mois de janvier 87. Une proposition de loi ayant pour objet les nullités de mariage et des modifications à apporter au régime de la séparation de corps, émanant de MM. Allou, Batbie, J. Simon et Denormandie, avait, en effet, été déposée sur le bureau du Sénat le 12 juin 1884 par M. Batbie. Venue en discussion devant le Sénat dans le courant de 1885, elle avait été, à la demande du ministre de la justice, renvoyée au Conseil d'Etat. Elle revenait en janvier 87 devant le Sénat, qui lui consacrait plusieurs longues séances. C'est seulement six années plus tard qu'elle devait aboutir en devenant, d'ailleurs fortement modifiée, la loi du 6 février 93. Or, si la discussion devant la Chambre fut absolument nulle, la discussion devant le Sénat fut, au contraire, approfondie et très intéressante, car elle roula la plupart du temps sur des questions juridiques générales, et effleura souvent les principes fondamentaux eux-mêmes de l'institution du mariage.

La séance du Sénat du 20 janvier 87 est particulièrement instructive.

On discutait la question de la capacité civile de la femme séparée de corps. Trois thèses étaient présentées. L'une, soutenue par la Commission, maintenait formellement la puissance maritale, mais, pour des raisons pratiques, permettait à la femme qui craignait de rencontrer chez son époux une résis-

tance injuste, de s'adresser directement à la justice. La deuxième, contenue dans un amendement de M. Paris, déclarait : La séparation de corps aura pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin en aucun cas de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. La troisième enfin, qui devait être adoptée par le Sénat, était soutenue par M. Bardoux et ainsi conçue : La séparation de corps prononcée contre le mari aura pour effet de rendre à la femme l'exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice.

Donc, trois théories formant en somme une gradation. L'une, celle de la Commission, ne touchant en rien aux principes du code civil et ayant seulement pour but de supprimer pour la femme les inconvénients d'un refus injustifié d'autorisation du mari. L'autre, celle de l'amendement Bardoux, plus hardie, ne touchant pas encore aux principes, cependant, puisqu'elle ne posait pas d'une façon générale la règle de la pleine capacité de la femme séparée de corps, mais seulement au cas où la séparation avait été prononcée en faveur de la femme, c'est-à-dire dans un cas où il était à présumer que le mari avait de graves torts envers sa femme, pouvant par suite être considérée comme une extension, par voie de présomption, du cas prévu par la Commission. La troisième, au contraire, s'attaquant résolument à

l'autorité maritale, et la supprimant purement et simplement dans tous les cas de séparation de corps.

Or voici comment M. Léon Renault et M. Paris soutenaient cette dernière théorie et comment ils la déduisaient très naturellement de leur conception de l'autorité maritale et du mariage lui-même : « Quelle est la raison d'être de la puissance maritale? se demandait M. Renault. Considérez le texte de notre code civil; regardez aux admirables travaux préparatoires d'où ce texte s'est dégagé. Vous trouverez cette idée dans notre droit moderne que, par le fait du mariage, il se crée entre l'homme et la femme un rapprochement, une fusion physique, morale, intellectuelle complète, qu'il s'établit entre eux une véritable association, un centre de délibérations où la volonté élaborée en commun doit se réaliser par un mandataire unique. Ce mandataire sera le mari. Telle est la raison d'être du pouvoir marital dans notre code civil. » Voilà résumé de façon frappante dans ces quelques mots le raisonnement des partisans de l'amendement Paris, que le législateur devait faire sien en janvier 93, et la liaison entre le vote de la loi de 93 et la théorie du contrat ne ressort-elle pas nettement jusque dans les mots ici employés : association, délibérations, volonté, mandataire? La puissance maritale n'est autre chose qu'un mandat conféré au mari; elle provient d'un

contrat qui constitue une petite partie du grand contrat qu'on nomme le mariage.

M. Paris raisonne de la même façon : « ... Si la puissance paternelle elle-même, en présence de cette situation nouvelle que crée aux époux la séparation de corps, doit aussi fléchir et, dans une certaine mesure, se partager, qu'arrivera-t-il de la puissance maritale qui n'a été « organisée » qu'à cause de la primauté qui doit appartenir au mari comme chef d'une société... alors que ce patrimoine commun, pour la conservation et l'accroissement duquel vous avez « créé » l'autorité maritale, n'existe plus... »

Ainsi que devait le leur répondre M. Roger Marvaise quelques instants plus tard, dans la thèse de MM. Paris et Renault « la puissance maritale ne s'explique et ne se justifie que par la communauté d'intérêts résultant de la vie commune ». Ainsi que le dit encore M. Roger Marvaise, tandis que dans la thèse de MM. Paris et Renault, la communauté d'intérêts disparaissant, la puissance maritale n'a plus de raison d'être, d'après la thèse soutenue par la Commission, et même dans celle de l'amendement Bardoux, la puissance maritale ne disparaît pas au cas de séparation de corps, parce qu'elle a une origine bien plus élevée que celle qu'indiquaient MM. Paris et Renault. Voici d'ailleurs textuellement les paroles de M. Roger Marvaise qu'il paraît utile de citer ici, car elles différencient à merveille les deux

thèses, celle de la Commission, qui semble la seule conforme aux principes du code civil et au droit naturel, et celle de l'amendement Paris, qui est celle du législateur moderne: « La puissance maritale, dit-il, ne disparaît pas, et pour une raison bien simple; c'est qu'elle a une origine bien plus élevée que celle qui était indiquée il y a un instant à cette tribune. Il faut distinguer dans le mariage deux actes qui sont complètement distincts, ou plutôt qui ont leur régime distinct et des conditions d'existence et de validité distincts. Il y a le contrat de mariage, qui règle les rapports pécuniaires des époux, contrat accessoire au mariage et qui survit à la séparation de corps... L'incapacité de la femme, elle, ne naît pas du contrat de mariage, qui règle les rapports pécuniaires des époux; elle naît de la célébration du mariage, faite devant l'officier de l'état civil. Voilà quelle est la source de l'incapacité de la femme. Pourquoi? parce que la femme, en consentant à prendre telle personne pour mari devant l'officier de l'état civil, la femme, en contractant cette union, se met par cela même sous la protection du mari, elle s'absorbe en quelque sorte dans la personne du mari, et la puissance maritale naît en même temps que de cette union... Cette puissance maritale est de l'essence même du mariage, elle dépend de sa célébration devant l'officier de l'état civil et, tant que le mariage subsiste, la puissance maritale, qui en

est un de ses éléments essentiels, doit subsister avec lui. »

Toute l'erreur de MM. Paris et Renault consistait à absorber le mariage dans une de ses parties et l'une des moins importantes, le contrat relatif aux biens, et, par suite, à en étendre le caractère contractuel au mariage tout entier.

En 87 l'amendement Paris fut rejeté. Le Sénat s'était laissé guider par les vrais principes du code civil, et c'est purement pour des considérations d'ordre pratique que l'amendement Bardoux fut adopté. On trouve bien dans le rapport de M. Arnaud à la Chambre des députés (1), interprétant le vote du Sénat, cette idée que, par le vote de l'amendement Bardoux, le Sénat, adoptant une théorie nouvelle sur l'autorité maritale, l'avait rattachée « non à cet ensemble qui s'appelle le mariage, mais à la vie conjugale, au ménage. » Il ne semble pas pourtant qu'il faille ainsi interpréter le vote du Sénat sur l'amendement Bardoux. D'après l'ensemble de la discussion et d'après les paroles mêmes de M. Bardoux, cet amendement avait pour but, non de poser un principe général, mais de régler un cas spécial (2), non de modifier un principe, mais de résoudre une difficulté pratique, et de concilier l'intérêt de

(1) J. OFF. Chambre. Sess. extr. 87 annexes, p. 440.

(2) V. J. OFF. Sénat, 87, p. 37, col. 1.

la femme avec les principes du code civil tout en respectant l'un et l'autre (1).

Mais lorsqu'en 1893 la question était à nouveau soumise au Sénat, l'assemblée, se déjuguant, adoptait la substance de l'ancien amendement Paris et posait le principe de la pleine capacité de la femme séparée de corps. Cette disposition, déjà votée par la Chambre des Députés, devenait l'art. 3, al. 3, de la loi du 6 février 93 et, d'après le rapport de M. Arnault à la Chambre des députés (2), d'après les paroles prononcées à la tribune du Sénat par le Commissaire du gouvernement (3), déclarant faire siennes les idées de M. Arnault, la théorie juridique consacrée était identiquement la même que celle présentée en 87 par MM. Paris et Renault (4).

Quant à la loi du 13 juillet 1907, on ne peut déduire des travaux préparatoires aucune conclusion bien nette. Devant la Chambre elle fut votée en quel-

(1) V. J. OFF. Sénat 87 p. 37 col. 2.

(2) J. OFF. Chambre, Sess. extr. p. 440.

(3) J. OFF. Sénat 93, p. 23 (Séance du 16 janv.).

(4) Comparez, en effet, les paroles de M. Arnault reproduites par le commissaire du gouvernement au Sénat, rattachant l'autorisation maritale « non plus à cet ensemble qui s'appelle le mariage, mais à la vie conjugale, au ménage », à la communauté d'intérêts, à celles de M. Paris montrant l'autorité maritale créée pour l'accroissement et la conservation du patrimoine commun, et de M. Renault. Tous la rattachant au contrat de mariage et non au mariage.

ques minutes, sans aucune discussion. Devant le Sénat, au contraire, une assez longue discussion eut lieu, non point cependant comme on pourrait le croire, sur le principe même de la loi, (sur ce point tout le monde était d'accord), mais seulement sur des questions de fait; tellement le législateur moderne est hostile à la puissance maritale, tellement sa suppression progressive est acceptée par tous comme nécessaire.

Le fait même toutefois qu'une pareille loi ait pu être votée sans aucune discussion de principe n'est-il pas au plus haut point significatif? Il l'est d'autant plus que plusieurs jurisconsultes éminents avaient proposé différents systèmes qui, tout en remédiant au mal, ne portaient point atteinte au principe même de la puissance maritale, en ce sens qu'ils faisaient du régime de la loi un régime spécial et non un régime de droit commun. Tel était le système de MM. Glasson et Jourdan, qui permettait à la femme, durant le mariage, de demander à la justice par une procédure rapide, et sans frais, la libre disposition de ses salaires. Tel était le système de M. Cauwès permettant à la femme de se soumettre à ce régime par une simple déclaration faite devant l'officier de l'état civil et provoquée par celui-ci au moment du mariage (1).

(1) V. le rapport de M. Guillier, Sénat. 1907 annexes p. 54.

III. — *Le divorce*

Lorsque les législateurs de 1804 votaient la loi sur le divorce, ils étaient bien loin de prévoir l'usage que l'on devait en faire plus tard : « Législateurs, disait devant le Corps législatif le tribun Gillet, quand on parle du divorce il est trop commun de confondre deux caractères de la loi qui sont essentiellement distincts, savoir celui de la loi qui autorise et celui de la loi qui tolère, la disposition qui établit et celle qui ne fait que limiter ce qui déjà subsiste. Dans le premier cas le but du législateur est le bien. Dans le second il s'occupe seulement à diminuer la somme du mal. Là il a pour guide la morale, c'est-à-dire ce type régulateur de ce que les mœurs ont de meilleur et de plus utile. Ici il opère sur les mœurs telles qu'elles sont, comme ces génies que quelques philosophes nous représentent luttant dans leurs créations contre une matière imparfaite et rebelle. C'est à cette dernière classe qu'appartient la loi proposée : son objet n'est pas de créer au profit des passions une liberté nouvelle, mais bien plutôt de faire en sorte que la liberté naturelle dont elles abusent ne reste pas indépendante en ses écarts. Cette distinction nécessaire nous a dirigés dans l'examen de la loi proposée. »

Ainsi, en 1804, le principe directeur de la législation sur le divorce était la restriction de la liberté de l'homme. En 1884, au contraire, lorsqu'on rétablissait l'ancienne institution momentanément disparue, on la fondait sur le principe même de liberté. On renversait le principe et, ce faisant, on devait nécessairement modifier les conséquences. On revenait aux idées de 1792 (1), et, dès lors, tandis qu'en 1804 on avait vu la moyenne annuelle des divorces tomber d'un chiffre très élevé (2) à 50 par an à Paris, on allait voir cette moyenne suivre une progression presque constante (3).

Que le divorce soit une institution nécessaire, c'est ce que nombre de bons esprits admettent. A vrai dire, il ne semble pas, étant donné l'état actuel de nos mœurs, qu'il soit possible au législateur de le supprimer. La séparation de corps, solution bâtarde et contre nature, ne saurait y suppléer. Sans

(1) Le préambule de la loi du 20 septembre 92 porte « qu'il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte.

(2) A Paris, dans les 27 mois qui avaient suivi la promulgation de la loi de 1792, il y avait eu 5.994 divorces. Dans les 3 premiers mois de 1793 leur nombre avait égalé celui des mariages. En l'an VI il l'avait dépassé.

(3) En 86, 2.950. En 88, 4.708. En 90, 5.457. En 93, 6.184. En 96, 7.051. En 1901, 7.741. En 1902, 8.431. En 1903, 8.919. En 1904, 9.860.

doute, en théorie pure, le divorce est un mal, et un grand; car c'est la destruction du foyer, la dispersion de la famille, c'est l'avenir de l'enfant gravement compromis. Mais, lorsqu'on ne considère plus les choses seulement au point de vue théorique, lorsqu'on considère l'homme en soi, avec ses faiblesses, avec ses passions, on ne tarde pas à se convaincre que le divorce n'est qu'un mal destiné à en empêcher de plus grands, semblable à ces médicaments funestes en eux-mêmes et que pourtant le médecin n'hésite point à administrer au malade pour éviter un plus grand mal. Le divorce est un mal, soit! mais c'est un mal nécessaire.

Telle était l'opinion du tribun Gillet dont nous citions tout à l'heure les paroles si vraies sous leur tournure un peu emphatique. C'était aussi l'opinion de ses plus éminents collègues (1). Et les travaux préparatoires ne nous montreraient pas clairement leurs idées sur la question que leur œuvre les laisseraient encore nettement transpercer. Elle établit en effet franchement le principe du divorce de plein droit dans trois cas (2), adultère, condamnation, excès ou sévices; dans un quatrième cas seulement elle laisse le divorce soumis jusqu'à un certain point

(1) V. PORTALIS.

(2) Au lieu, comme le voulait autrefois Pothier, (mariage n° 508) de « tout laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence des juges. »

à l'arbitrage du juge. Mais, d'autre part, elle ne le dispense qu'avec une grande parcimonie aux époux malheureux, puisqu'elle ne l'autorise que dans quatre cas seulement (1), dont trois rigoureusement déterminés (2). Le code civil avait bien, en outre, admis le divorce par consentement mutuel, mais on sait, d'une part, que presque seul le Premier Consul en était partisan et qu'il avait eu la plus grande peine à le faire triompher en face de l'opinion contraire de la grande majorité du Conseil d'Etat, et que, d'autre part ce divorce par consentement mutuel n'était point du tout ce que sa dénomination semble laisser entendre, qu'il n'était qu'un moyen laissé aux époux d'éviter le scandale inhérent à ces sortes d'affaires en tenant secrète la cause de leur divorce, cause que le juge pouvait être certain être grave, en raison des sacrifices et des difficultés de toutes sortes imposées aux époux, et par suite ren-

(1) Alors que la loi de 1792 admettait jusqu'à neuf causes de divorce : inconduite notoire, abandon pendant deux ans, sévices, injures graves, condamnations criminelles, folie, état d'absence pendant cinq ans, émigration prohibée, incompatibilité d'humeur. Aujourd'hui la plupart des législations étrangères sont plus larges que le code civil, en particulier le code suisse et le code allemand, à peu près identiques sur ce point et qui admettent six causes de divorce. V. PLANIOL.

(2) Quant au quatrième (injures graves) il ne paraît pas limitatif, mais nous verrons plus loin que telle n'était point l'intention des rédacteurs du code.

trant presque sûrement dans l'énumération limitative du code, qui embrasse en somme toutes les causes graves de divorce (1).

Mais, quand, en 1884, le divorce disparu de notre législation pendant soixante-huit années allait reparaître, il allait reparaître, non plus comme une institution nécessaire sans doute, dangereuse pourtant, et contraire à la nature même de l'institution du mariage et nécessitée seulement par l'imperfection de la nature humaine, mais bien comme une institution bonne en soi, conforme à la nature libre de l'homme et au caractère contractuel du mariage, comme un mode de dissolution tout à fait normal du mariage considéré comme contrat, et, dès lors, on ne pouvait plus se contenter de la législation du code civil devenue trop étroite par suite de l'adoption des idées nouvelles. On allait bien d'abord restaurer presque purement et simplement l'ancienne législation, mais c'était pour faire la réforme plus vite, quitte à la modifier ensuite. Et deux ans plus tard on votait déjà une première loi ayant pour but de simplifier la procédure du divorce. En 1804, on

(1) Tout cela résulte de la rédaction de l'ancien art. 233 ainsi conçu : Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce.

s'était appliqué à organiser une procédure lente et compliquée, afin de rendre les divorces plus rares dans la pratique et plus difficiles à obtenir. En 1886, avec la nouvelle conception du mariage et du divorce, ces lenteurs, avec les frais qu'entraînaient tant de formalités, apparaissaient au contraire comme des entraves inutiles. On mettait ainsi le divorce plus à la portée de chacun. On faisait du divorce, que les complications de l'ancienne procédure devaient faire apparaître comme un remède extraordinaire, un mode normal de dissolution du mariage.

Depuis lors diverses lois ont été votées, toutes animées du même esprit : faciliter (on pourrait presque dire encourager) les divorces, jusqu'à la loi toute récente ayant pour objet la conversion obligatoire de la séparation de corps en divorce au bout de trois ans, dans la discussion de laquelle M. Briand, garde des sceaux, invoquant expressément l'idée de contrat, prononçait les paroles suivantes, montrant de façon évidente toute l'élasticité et par suite tout le danger de cette conception du mariage : « La question qui se pose devant vous, déclarait M. Briand, est une question de pure humanité, pour préciser, une véritable question de droit humain. Pour la résoudre il n'est pas nécessaire d'imaginer des principes nouveaux, il suffit de se reporter aux principes généraux qui dominent notre droit civil... Le contrat de mariage est établi sur des bases, sur des condi-

tions essentielles qui sont : la vie en commun, la cohabitation, la famille et une très large communauté d'intérêts. Quand la séparation a désuni les époux, quand elle a réglé le sort des enfants, quand elle a rompu les liens d'intérêts, où est le contrat? Au point de vue du droit civil, je vous le demande. Quand vous envisagez le contrat de mariage de ce point de vue, vous êtes obligés de reconnaître et de dire qu'il n'est pas de contrat qui ne puisse être révoqué à un moment donné, lorsque ses conditions essentielles sont devenues impossibles à remplir (1). »

Le résultat d'une pareille législation était facile à prévoir : le chiffre annuel des divorces était en 1901 deux fois et demie plus élevé qu'en 1886.

Le pouvoir législatif n'est d'ailleurs pas le seul coupable en la matière. La jurisprudence a sa part de responsabilité qui est considérable. Les statistiques nous apprennent que la proportion des demandes admises par les tribunaux atteint 85 pour cent. A Paris en particulier le divorce tend à devenir une simple formalité. On discutera et plaidera longuement une affaire de mur mitoyen, et, la plupart du temps, le tribunal ne rendra son jugement qu'en pleine connaissance de cause. Il ne faudra pas si longtemps pour briser un mariage et dissoudre un foyer : quelques minutes suffiront pour cela. Et c'est

(1) J. Off. Sénat, Séance du 25 fév. 08.

de cette façon que le tribunal de la Seine est arrivé à prononcer 270 divorces en un seul jour. Comment nos magistrats peuvent-ils, avec cette justice à la vapeur, avoir quelque connaissance de l'affaire qui est portée devant eux? Il est inévitable qu'ils jugent un peu au hasard. Dans le doute ils prononcent le divorce, et voilà comment on enregistre actuellement 800 divorces par an, et comment, à Paris en particulier, plus de 75 mariages pour 1.000 sont rompus annuellement par le divorce (1).

Sans doute, dira-t-on, notre magistrature n'est point responsable d'un état de choses qui résulte fatalement de l'encombrement des affaires. En admettant à la rigueur cette excuse, il est un autre argument, celui-là non plus de pur fait, mais tiré du fond du droit, à invoquer contre la position prise par nos tribunaux en matière de divorce.

Le code civil admettait trois causes de divorce nettement définies. Pour la quatrième seulement, l'injure, il laissait au juge un pouvoir souverain d'appréciation: il fallait, en effet, que l'injure fût grave, et le tribunal était seul juge de cette gravité. Quant au mot injure lui-même, il n'a pas un sens nettement défini. La jurisprudence en a profité pour lui donner un sens très large, à tel point qu'il n'existe plus aucune limitation dans le nombre des

(1) En 98, 75 pour 1.000. En 99, 78,1 pour 1.000.

causes de divorce. Or il est douteux, comme le fait remarquer M. Planiol (1), que le mot « injures » ait eu pour les rédacteurs du code un sens aussi large; c'est la jurisprudence qui l'a élargi en développant le sens usuel du mot, alors que les rédacteurs du code avaient bien cru nous donner une liste close des causes de divorce (2). En somme, d'après la jurisprudence française, le divorce est possible toutes les fois que l'un des époux manque gravement à ses devoirs envers l'autre. A « l'injure » proprement dite, la jurisprudence a ajouté le fait injurieux, c'est-à-dire tout manquement grave aux devoirs que les époux ont l'un envers l'autre.

La théorie jurisprudentielle est donc très large. La pratique l'est plus encore. On se demande où les tribunaux ont pu voir non pas une injure, mais même un manquement quelconque aux devoirs conjugaux, dans le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage après le mariage civil (3), dans le refus de recevoir les parents de la femme (4), dans le refus du mari de laisser baptiser les enfants

(1) V. PLANIOL. *Traité de droit civil*.

(2) Sur l'injure grave du code civil. V. TOULLIER, *Droit civil français*, t. 2 p. 41.

(3) Angers 29 janv. 1859. D. 60 2. 96. Bruxelles, 17 juillet 1889. S. 90. 4. 28

(4) Cass, 30 nov. 1898. D. 99. 1. 358.

communs (1). On peut se demander enfin comment, étant donné l'état de notre législation, des faits antérieurs au mariage ont pu servir de base à une sentence de divorce (2), surtout lorsqu'en eux-mêmes ils n'avaient rien d'injurieux (3).

Mais il y a plus. La jurisprudence ne s'est pas contentée, en effet, d'interpréter largement ce qui aurait dû l'être étroitement. Elle est en outre allée franchement à l'encontre des dispositions du code : l'art. 232. c. civ. dit en effet que « la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce. » Or la qualification « afflictive et infamante » ne convient qu'aux peines criminelles (art. 7 et 8 c. pén.). L'art. 232 excluait donc par là les simples peines correctionnelles. La jurisprudence n'a pourtant pas hésité dans de nombreux cas à admettre comme motif suffisant de prononcer le divorce une simple condamnation correctionnelle (4).

1) Cass. 30 nov. 1898. D. 99. 1. 358.

(2) V. DALLOZ. Supplément t. X p. 340 n° 91. Lyon, 4 août 1891. D. 92. 2. 219. Paris 10 août 1892. S. 93. 2. 242.

(3) V. Tribunal de la Seine 19 mai 88. Gazette du Palais 30 mai 88.

(4) D'après la jurisprudence, doit être considérée comme injure grave à l'égard du conjoint la condamnation correctionnelle de l'un des époux pour abus de confiance, Trib. Toulouse, 5 juillet 86, Gaz. Pal. 86. 2. 461, pour vol. Cambrai 16 juin 87. La Loi 2 août 87. Le tribunal de la Seine

On constate donc chez la jurisprudence comme chez le législateur ce souci constant de mettre le divorce à la portée de tous les mauvais ménages, cette tendance perpétuelle à le considérer comme le remède normal des mariages malheureux.

Rien d'étonnant à cela d'ailleurs, étant donné que législateur et tribunaux procèdent, nous l'avons vu, de la même théorie du mariage. Si la théorie du mariage contrat, en effet, porte atteinte aux effets généraux du mariage, a fortiori, doit elle affecter le lien lui-même; vérifiée, elle justifierait, et au-delà, l'évolution législative et jurisprudentielle du divorce.

tient pour suffisante l'éventualité possible d'une condamnation : « Commet à l'égard de sa femme une injure grave de nature à entraîner le divorce, le mari qui, étant percepteur, détourne des titres de rente et des sommes d'argent à lui confiées et s'expose à apporter par là le trouble et le déshonneur dans son ménage. » Trib. Seine 2 juin 90 Gaz. Pal. 90. 2. 56. D'autre part, la mise en réforme d'un officier a été considérée par le tribunal de Perpignan comme constituant une injure d'une gravité suffisante vis à vis de la femme. Tribunal de Perpignan 4 décembre 93. Le Droit 17 mars 94. V. Toulouse 31 décemb. 88. S. 88. 2. 61. — Trib. Castelnaudary 13 août 85, Pard. fr. 87. 2. 185 : « Il suffit de lire les débats de la loi de 84 pour se convaincre que le législateur a voulu autoriser les tribunaux à voir dans des condamnations correctionnelles quelconques une cause de divorce ». — V. S. 84 lois annotées p. 659. Annales Chambre, Sess. ord. 82 p. 71 et 72. — V. HITIER, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 84*. — LEMAIRE, *le mariage civil* p. 173-187. — FONSEGRIVE, *Mariage et union libre*. — V. aussi deux jugements de Château-Thierry, 12 déc. 1900 et 4 fév. 1903.

CHAPITRE III

Les conséquences logiques de l'idée théorique moderne du mariage.

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, que le mariage était aujourd'hui quasi-unanimement classé comme contrat, et non plus même comme contrat un peu spécial pouvant avoir, dans bien des cas, des règles absolument différentes des autres contrats, mais comme « une convention comme une autre », suivant l'expression de M. Coulon (1) ; nous avons vu également les conséquences immédiates, c'est-à-dire les conséquences juridiques, législatives que l'on en a tirées. Ces conséquences on peut les apprécier diversement, les approuver ou les désapprouver ; à vrai dire cependant il ne faut pas exagérer l'importance des modifications apportées : les mesures prises par

(1) *Le divorce et l'adultère*, p. 49.

le législateur ne sont encore, en effet, que des demi-mesures. L'idée moderne du mariage entraîne avec elle des conséquences infiniment plus graves que celles qu'on en a déduites jusqu'à ce jour, les unes médiatees et de pur fait, les autres immédiates et de droit.

D'une part, en effet, en rapprochant à tout instant les idées de mariage et de contrat, en les présentant sans cesse accolées l'une à l'autre, on pousse la masse du peuple à en tirer des conséquences singulièrement dangereuses. A l'idée de contrat est intimement liée l'idée d'intérêt pécuniaire ou tout au moins appréciable en argent. Plus spécialement, en ce qui concerne la famille de contrats dans laquelle on fait rentrer le mariage, la société, la mention du but poursuivi n'est-elle pas en toutes lettres inscrite dans sa définition dont elle constitue un élément essentiel? Qui ne voit, dès lors, le danger de cette idée appliquée au mariage, pour la masse du peuple, surtout, qui n'est point portée naturellement aux distinctions juridiques subtiles et qui, lorsqu'elle adopte une théorie, est portée à l'adopter de toutes pièces sans les tempéraments nécessaires? Le fait inévitable s'est produit. Les hommes se sont jetés sur cette théorie du mariage contrat, fort séduisante au premier abord, et qu'en ont-ils déduit? Ils en ont déduit que, le mariage étant un contrat, il fallait, lorsqu'on le contractait, faire porter tous ses efforts sur ce but : réaliser

le plus grand bénéfice possible. Et l'on en est arrivé à se marier non plus, je ne dirai pas par amour, cela ferait sourire, mais non plus même par sympathie, par convenance réciproque, uniquement par calcul, la femme pour la situation ou le nom qu'elle acquerra ainsi, l'homme pour la fortune que la femme doit lui apporter. Alors entrent en jeu les ruses de toutes sortes, les clauses compliquées, les contrats savamment préparés, tout l'arsenal juridique qui constitue le fond du mariage moderne. Bien mieux, souvent même le mariage est une opération financière exécutée par et pour le compte des parents eux-mêmes. Et notre conception du mariage est à tel point émoussée, déformée, que nous admettons, que dis-je, nous admirons, ce que nous appelons chez l'enfant un acte de dévouement. Le roman contemporain (et le roman n'est-il pas, d'ordinaire, le plus sûr reflet des mœurs?) fourmille d'exemples de ce genre. Les parents, sans doute, y sont le plus généralement présentés sous le plus mauvais jour, mais on exalte la victime. Tournez les pages : comment cela finit-il ? Par l'adultère ; par l'adultère qui est en germe au fond de tous les mariages sans amour.

M. Acollas le constate dans son livre *Le mariage*, son passé, son présent, son avenir : « Nous avons en vérité, dit-il, obtenu un beau succès, nous avons fait du mariage une relation contractuelle et nous ne manquons pas de nous répéter que c'est le plus haut

de tous les contrats; mais les faits confirment peu notre dire; aujourd'hui, en France, dans une foule de cas, le mariage est le plus vil de tous les contrats; l'homme y troque sa personne contre une somme d'argent et la femme s'y prostitue à un homme qu'elle n'aime pas » (1). Et ce ne sont pas seulement les romanciers et les juristes, ce sont les philosophes, c'est la totalité des auteurs qui est quasi-unanime à déplorer le vice dont souffre le mariage moderne. Le mal est que beaucoup ne se doutent pas qu'ils en sont partiellement les auteurs: si de prémisses justes, en effet, une conclusion juste ne sort pas nécessairement, de prémisses fausses il ne peut guère sortir qu'une conclusion fausse. Et qui donc a le droit de reprocher à quelqu'un de rechercher dans un contrat le plus grand bénéfice possible?

Il est une autre conséquence de l'idée théorique moderne du mariage. Si l'on fait du mariage un contrat, il est puéril de venir déclarer ensuite que c'est le plus saint, le plus sacré de tous les contrats, pour essayer d'en tirer des conséquences juridiques. On ne voit pas bien ce que viennent faire ces épithètes, appliquées à un contrat. Elles sont absolument vides de sens. Un contrat étant donné, si on veut le classer et le qualifier, on cherchera dans la classification juridique des contrats, et l'on reconnaîtra qu'il est uni-

(1) P. 121. M. Acolas a toutefois le tort de considérer cette théorie du mariage contrat comme consacrée par le code civil.

latéral ou bilatéral, commutatif ou aléatoire, à titre onéreux ou à titre gratuit, etc. Lorsqu'on aura reconnu la classe à laquelle il appartient, on lui appliquera les règles de cette classe et en outre les règles qui sont de son essence. En ce qui concerne le mariage, on dira que c'est un contrat solennel, bilatéral, commutatif et à titre onéreux, et on lui appliquera les règles communes aux contrats de ce genre. On recherchera ensuite s'il n'existe pas des règles qui sont de son essence. On en trouvera une fondamentale et peut-être unique, la différence de sexe entre les contractants, différence sans laquelle il se fondrait dans la société. Cela fait, on se verra forcé pour être logique, de faire une application rigoureuse des principes et de tirer franchement des conclusions des prémisses posées. Le législateur, nous l'avons vu, a fait déjà un pas important dans cette voie; mais il doit en faire un plus grand. C'est là une inéluctable nécessité. Ne le voudrât-il pas qu'il s'y verrait forcé par l'opinion qui déjà lui demande à grands cris de tirer toutes les conséquences des principes qu'il a lui-même posés. C'est là quelque chose de fatal pour ainsi dire: une théorie comme celle du mariage contrat ne peut pas se scinder, se détailler; on la repousse en bloc ou on l'accepte toute, avec ses conséquences quelques dangereuses qu'elles soient.

C'est le développement de ces conséquences, dont plusieurs sont déjà converties en projets de loi, que nous examinerons dans ce chapitre.

A. — Puissance paternelle et puissance maritale

En matière de puissance paternelle et de puissance maritale, la théorie du mariage contrat conduit aux deux propositions suivantes :

Ou bien : la puissance paternelle et la puissance maritale, naissant du mariage, sont, comme le mariage lui-même, une création du législateur, qui peut en conséquence les modifier à son gré, par suite même les supprimer.

Ou bien : le principe de la liberté des conventions doit être appliqué et par suite il faut laisser les époux libres de les stipuler, de les supprimer ou de les modifier.

Donc, liberté absolue du législateur ou des époux, telles sont les deux conséquences auxquelles on arrive. Elles ne sont d'ailleurs pas contradictoires ni exclusives l'une de l'autre, et le législateur peut, son pouvoir souverain en la matière étant admis, ou poser le principe de la liberté des époux (c'est l'abrogation de l'art. 1388), ou considérer tout ou partie des dispositions qu'il aura édictées à ce sujet comme d'ordre public (c'est le maintien de l'art. 1388) et alors, soit ôter toute liberté aux époux, soit ne leur donner qu'une liberté relative.

Cependant, il apparaît bien en définitive que, si le mariage n'est qu'un pur contrat, les dispositions y

relatives qui devront être considérées comme d'ordre public deviendront fort peu nombreuses. Par suite, quelque modification, quelque tempérament qui puisse être apporté par le législateur à la puissance maritale ou à la puissance paternelle, ces changements devront être regardés comme insuffisants tant que le principe actuel n'aura pas été renversé, tant que la liberté ne sera pas devenue le principe et la contrainte l'exception, c'est-à-dire tant que l'article 1388 n'aura pas été complètement abrogé.

Jusqu'à présent, le législateur a bien admis la première conséquence; il a bien admis, suivant les paroles de Courcelle Seneuil, que « la puissance paternelle est, comme le mariage, d'où elle naît, une création de la loi positive », il a bien admis que « c'est la loi civile qui constitue la famille et lie ses membres par des conditions qui sont pour eux des engagements » (1) et, sur cette idée, il s'est permis sans aucun scrupule, de modifier, dans le sens qu'il a jugé utile, une législation basée sur la nature, mais il n'a pas voulu accepter la deuxième et supprimer de nos lois l'art. 1388 c. civ., faisant, en cela peu logique, du mariage un contrat dans lequel la liberté des contractants est nulle, toutes ses clauses étant à l'avance réglées comme statut impératif et d'ordre public. A vrai dire, on n'a jamais vu de

(1) Rapport de COURCELLE SENEUIL au Conseil d'Etat sur le projet de loi de 1889.

contrat de cette sorte, et le fait est si peu conforme à l'idée que nous nous faisons du contrat, que bon nombre d'auteurs se sont fondés là-dessus pour attaquer la théorie du mariage contrat. Peut-être cette seule considération ne serait-elle pas suffisante pour infirmer cette théorie. Sans vouloir ici discuter la question, remarquons seulement que l'idée de contrat entraîne normalement avec elle le principe de la liberté des conventions, sauf, bien entendu, les cas exceptionnels qui pourraient être considérés comme d'ordre public.

Pour ce qui est de la puissance maritale, la suppression de l'art. 1388, en ce qui la concerne, est déjà sérieusement envisagée.

Stuart Mill, dans son livre *L'assujettissement des femmes*, après avoir combattu le principe de l'autorité maritale par la théorie courante que le mariage est une société et qu'on doit, par suite, lui appliquer les règles des sociétés, c'est-à-dire consacrer en principe l'égalité des contractants, en arrive à laisser aux époux eux-mêmes le soin d'établir à leur gré, entre eux, la division des fonctions, c'est-à-dire des droits et des devoirs. Un partage d'attributions se fera souverainement entre les époux, chacun déterminant le domaine et l'étendue de ses droits suivant la nature et le degré de ses aptitudes (1).

(1) « Il se présente un mode tout naturel d'arrangement, c'est le partage du pouvoir entre les deux associés, où chacun garde la direction absolue de sa partie, où tout changement

M. Morizot Thibault, dans son ouvrage sur l'autorité maritale, adopte à peu près la même théorie : « Il faut supprimer de nos lois, déclare-t-il, l'idée d'une infériorité réelle de la femme pour la remplacer par un principe de soumission.... De là, découleront d'eux-mêmes les principes concernant la situation juridique de la femme mariée. Le premier sera de renverser cette conception vieillie qui fait de la puissance du mari une institution d'ordre public, à l'effet de la soustraire aux tempéraments qui pourraient l'éteindre ou la limiter... Il sera permis aux époux de stipuler dans leurs conventions matrimoniales la suppression de l'autorisation du mari toutes les fois que la future, se mariant sous le régime de la séparation de biens, gardera pour elle seule l'administration distincte de tout son patrimoine.... On décidera de supprimer l'autorité maritale quand l'époux sera incapable ou indigne de l'exercer » (1).

Mais nulle part la question n'a été plus nettement exposée qu'au Congrès féministe tenu à Paris

de système et de principe exige le consentement des deux personnes. La division ne doit ni ne peut être préétablie par la loi, puisqu'elle doit dépendre de capacités individuelles; si les deux conjoints le préfèrent, ils peuvent l'établir par avance dans leur contrat de mariage, à la manière dont on règle actuellement les questions d'argent. » *L'assujettissement des femmes*. Trad. Cazelles p. 96.

(1) De *l'autorité maritale*, p. 384.

en 1900. Un hardi novateur en la matière, M. Le Foyer, a présenté le vœu « que la loi ne régie l'association conjugale quant aux personnes, conformément à ce qui existe déjà pour les biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions prohibitives de la loi ». Et voici son argumentation : Il existe pour les biens un principe de liberté des conventions formulé dans l'art. 1387 qui dit : La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions, que les époux peuvent, en principe, faire comme ils le jugent à propos. Pourquoi en est-il autrement quant aux personnes ? Le grand principe de la liberté des conventions doit trouver ici sa place, les futurs époux doivent être libres de faire entre eux, quant à leurs personnes comme quant à leurs biens, telles conventions qu'ils désirent. Et voici le curieux dialogue qui s'engagea en suite de cette proposition entre M. Le Foyer et M. Viviani :

M. Viviani. — ...Voilà un homme et une femme qui se marient avec le droit de faire tel contrat qu'il leur plaît en ce qui concerne leur personne : Cela voudra dire, par exemple, que la femme pourra mettre dans son contrat qu'elle aura un domicile séparé de celui de l'homme ?

M. Le Foyer. — Parfaitement.

M. Viviani. — Voilà un homme et une femme qui

se marient en mettant dans leur contrat qu'ils se donnent réciproquement la permission d'avoir, hors mariage, des enfants comme il leur plaira, et que ceux-ci viendront en participation de l'héritage?

M. Le Foyer. — Parfaitement.

M. Viviani. — Voici deux époux qui, en se mariant, se donnent réciproquement la permission, non seulement d'avoir un domicile séparé, mais de vivre chacun avec une autre personne?

M. Le Foyer. — Parfaitement.

M. Viviani. —Je suppose votre vœu voté. De quel droit m'empêcherez-vous de déclarer que je fais réserve de ma liberté personnelle, et que, dans trois ans, je veuille répudier ma femme?

M. Le Foyer. — Je n'y vois point d'inconvénient si vous avez l'acceptation de votre femme (1).

(1) Les députés Troeger et Bebel ont éloquemment présenté la doctrine nouvelle lors de la discussion du code civil au Reichstag. Bebel, s'attachant au point de vue plus proprement économique, disait en substance: Il y a des femmes qui sont les associées de leurs maris dans l'acquisition des ressources nécessaires à l'entretien de la famille. Il y en qui sont seules à y pourvoir, que le mari soit atteint de faiblesse physique ou mentale, que l'industrie où il travaille soit frappée de chômage, ou surtout que la paresse ou l'ivrognerie le détourne de son devoir. En conséquence les deux orateurs demandaient au Reichstag de voter un texte qui, après avoir affirmé l'égalité des droits des époux dans toutes les décisions relatives à la vie commune, ajoutait: « En cas de diversité d'opinions, la partie qui contribue pour la plus grande part

En ce qui regarde la puissance paternelle, la question est peut-être moins précise. On peut bien concevoir un homme et une femme vivant l'un avec l'autre sous de certaines conditions sans que l'un d'eux soit subordonné à l'autre; mais on conçoit plus difficilement l'absence de tout lien de dépendance entre les parents et les enfants. Quelle que soit l'intensité du courant étatiste que l'on constate de nos jours, l'Etat ne peut assumer la tâche de père de famille universel. Forcément les parents devront subvenir à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants, forcément par suite ils devront avoir une certaine influence sur eux, un certain pouvoir de contrainte, à cet effet certains droits. Mais, une fois reconnu le caractère artificiel de la puissance paternelle, rien n'empêchera les pouvoirs publics d'en faire uniquement une charge pour les parents, une fois admis le caractère contractuel du fait d'où ils dérivent, rien surtout ne justifiera plus le maintien de l'article 1388 en ce qui les concerne.

Ici donc, comme pour la puissance maritale, deux conséquences des théories modernes se dessinent nettement, l'une tendant à laisser à l'arbitraire du

aux dépenses l'emporte. » La situation serait devenue ainsi tout à fait celle d'une société par actions dont les titres seraient répartis entre deux capitalistes en nombre inégal. La voix de celui qui en a le plus l'emporterait en assemblée générale.

législateur les rapports entre parents et enfants, et poussant, par suite des idées étatistes actuelles, à la suppression de toute puissance paternelle; l'autre, moins nette à l'heure actuelle, peu réclamée encore, sans doute parce qu'elle ne paraît avoir grande utilité pour personne, mais ne conduisant à rien moins qu'à consacrer, ici comme en toute autre matière analogue, le principe de la liberté des conventions.

La première conséquence est presque unanimement admise. On n'ose presque plus soutenir à notre époque l'impuissance du législateur en face de la puissance paternelle. Les plus ardents vont jusqu'à en demander la suppression pure et simple (1). Dans la séance du 27 mai 83, on a vu, paraît-il, un sénateur déclarer qu'une loi sur la puissance paternelle est insuffisante tant qu'elle la laisse debout (2), et l'on entend constamment soutenir à notre époque que « depuis les temps les plus recu-

(1) « De droits proprement dits le père n'en a pas. Le vrai droit est à l'enfant, le père n'a que des devoirs. » Laurent, t. IV, p. 258. Sic Acolas, Manuel de droit civil t. 1., p. 385 : « Les pères et mères ne sont dès l'origine vis-à-vis de leurs enfants, ni des propriétaires, ni des créanciers, ils sont des débiteurs. » En sens contraire, Nourrisson, Puissance paternelle. Fuzie Hermann, De la protection légale des enfants contre les abus de la puissance paternelle. Taudière, Traité de la puissance paternelle.

(2) V. TAUDIÈRE. *Traité de la puissance paternelle*, p. 446.

lés jusqu'à nos jours, la famille et la société ont été dans des rapports inverses » que « là où monte la société, la famille baisse », qu' « en suivant cette progression décroissante elle doit arriver à Zéro » et que « l'on peut dès à présent prévoir le moment où elle subira cette dernière évolution. » (1)

Le législateur français est d'ailleurs encouragé dans cette voie par la grande majorité des législations étrangères européennes.

Actuellement, les diverses nations d'Europe peuvent se diviser à ce point de vue en deux groupes très différents (2) : L'un comprend le Portugal, l'Espagne, la Grèce, les Pays-Bas et la Russie; on y ajoute ordinairement l'Italie, qui cependant en diffère sensiblement. Les législations de ce groupe considèrent qu'en cette matière l'intervention du pouvoir social doit être exceptionnelle, au cas seulement de faute des parents. Le juge doit attendre pour agir qu'il y ait eu abus de pouvoir et abus prévu par la loi; on part du point de vue répressif. La déchéance est réservée pour des cas graves et résulte presque exclusivement de condamnations pénales (3). En ce qui concerne l'Italie toutefois, le

(1) NAQUET. *Religion, propriété, famille.*

(2) V. TAUDIÈRE, *Puissance paternelle*; DRUCKER. *De la protection de l'enfant contre les abus de la puissance paternelle.*

3). V. c. pén. belge de 1867, art. 378-382. — C. pén. néerlandais de 1881, art. 28-30. — C. civ. portugais de 1880, art. 138 et 141. — C. civ. espagnol, art. 154 et suiv.

droit d'intervention du pouvoir social est consacré d'une manière beaucoup plus large: En dehors des cas de déchéance prévus par le code pénal pour certains délits ou certains crimes des parents, le code civil de 1865 dispose: « Lorsque de justes motifs rendent nécessaire l'éloignement de l'enfant de la maison paternelle, le Président, sur la demande des parents, ou même du ministère public, après informations prises sans formalités judiciaires, y pourvoit de la manière la plus convenable, sans motiver son ordonnance. » (1) L'autorité administrative peut même agir d'office en cas de péril en la demeure, sauf au Président du tribunal à reviser ensuite ses décisions: « Si en outre le père ou la mère abuse de l'autorité paternelle par la violation ou la négligence de ses devoirs, ou par une administration mauvaise des biens de l'enfant, le tribunal, sur la demande des parents les plus proches, ou même du ministère public, peut nommer un tuteur à la personne de l'enfant ou un curateur à ses biens, priver les parents de l'usufruit des biens de l'enfant en tout ou en partie, enfin prendre toute autre mesure qu'il jugera convenable dans l'intérêt de l'enfant. » (2) Les expressions vagues employées par la loi italienne, d'où résulte pour les tribunaux

(1) Art. 221, t. 2.

(2) Art. 233.

un pouvoir d'appréciation considérable, différencient singulièrement sur ce point la législation italienne des autres législations du même groupe.

Le second groupe de législations comprend les législations d'origine germanique : Angleterre, Ecosse, Suède, Norvège, Danemark, Suisse, Allemagne, Autriche, auxquelles on peut joindre la Hongrie et la Serbie. Dans ces divers pays, la puissance paternelle est à peu près assimilée à une tutelle. Au-dessus des parents se trouvent organisées des autorités, le plus souvent spéciales, qui les assistent obligatoirement pour les actes les plus importants concernant les mineurs, parfois même pour les simples actes d'administration, et sont toujours prêtes à les suppléer dès que l'intérêt de l'enfant semble le réclamer. Le principe de la déchéance est admis d'une façon très large, d'abord pour des causes déterminées, et, d'une façon générale, toutes les fois que les intérêts de l'enfant semblent le demander. Le juge est en outre investi d'un pouvoir très large à l'effet de modifier l'exercice de la puissance paternelle lorsque cela lui paraît utile. Enfin, en général, la justice peut intervenir d'office. De ces diverses législations, deux en particulier, par suite de leur origine toute récente, fixent aujourd'hui l'attention des législateurs : ce sont les législations allemande et suisse.

Le code civil allemand, comparé à notre droit ac-

tuel, est caractérisé par l'affaiblissement du droit du père, l'exagération du droit de l'enfant.

Au commencement du chapitre qui traite des rapports des parents et des enfants, on trouve un article qui a sans doute la prétention de déterminer d'une façon précise et juridique en même temps les devoirs des enfants vis à vis de leurs parents; il parle de l'obligation où est l'enfant de « rendre service à ses parents dans leur ménage et leurs affaires dans la mesure de ses forces et selon sa position. » (1) L'enfant doit rendre service à ses parents: c'est tout ce que le législateur allemand a trouvé pour caractériser le devoir filial. Combien préférable, plus moral et découlant d'une plus haute inspiration et d'une vue plus juste des devoirs de l'enfant est notre article 371. Si les devoirs de l'enfant sont ainsi réduits, par contre le devoir du père est augmenté en un point: le père doit fournir un trousseau à sa fille qui se marie (2). Enfin, si les textes ne craignent pas d'employer l'expression de puissance paternelle (3), ils ont bien soin de déclai-

(1) *art. 1617*: « L'enfant, tant qu'il fait partie de la maison paternelle et qu'il est élevé ou entretenu par ses parents, doit rendre service à ses parents dans leur ménage et leurs affaires dans la mesure de ses forces et selon sa position ».

(2) *art. 1620*.

(3) *art. 1626*: « L'enfant, jusqu'à sa majorité, est sous puissance paternelle. »

rer expressément que cette puissance paternelle qu'ils établissent est autant un devoir qu'un droit (1). Et dans les articles qui règlent le droit d'usufruit et le droit d'administration du père, celui-ci est à tout instant placé sous le contrôle du tribunal des tutelles (2), auquel les articles 1666 à 1671 et 1677 donnent les pouvoirs les plus étendus.

Le nouveau code civil suisse est exactement animé du même esprit que le code allemand (3). Comme lui, il pose nettement le principe de la puissance

(1) *art.* 1627: « Le père, en vertu de la puissance paternelle, a le droit et le devoir de prendre soin de la personne et du patrimoine de l'enfant. » Presque partout, la mention du devoir suit la mention du droit. V. notamment *art.*, 1628 à 1631, 1634, 1638, etc.

(2) La question est traitée dans les *art.* 283 à 285 dont voici le texte:

Art. 283. — Les autorités de tutelle sont tenues, lorsque les père et mère ne remplissent pas leurs devoirs, de prendre les mesures nécessaires pour la protection de l'enfant.

Art. 284. — L'autorité tutélaire peut retirer aux parents la garde de l'enfant et le placer dans une famille ou dans un établissement lorsque son développement physique ou intellectuel est compromis, ou lorsque l'enfant est moralement abandonné.

Art. 385. — Les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle, ou frappés d'interdiction, ou coupables de graves abus d'autorité ou de négligences graves, sont déclarés déchus de leur droit par les autorités de tutelle.

(3) *Art.* 273.

paternelle, mais, comme lui aussi, il se hâte de poser le principe du pouvoir de contrôle des autorités de tutelle, et presque identiquement dans les mêmes termes: les autorités de tutelle sont autorisées à prendre les « mesures nécessaires » (1) quand besoin sera.

La France, avant la loi de 1889, faisait franchement partie du groupe latin, puisqu'elle ne consacrait la déchéance de la puissance paternelle qu'à titre tout à fait exceptionnel et à titre répressif. Les lois de 1889 et de 1898 ont nettement consacré dans notre législation les idées nouvelles.

Enfin, de nombreuses lois dans tous les pays sont venues limiter considérablement la puissance paternelle (2).

C'est donc un fait acquis: dans tous les pays du monde la puissance paternelle s'en va. On peut le

(1) *Art. 283. Cf art. 1666, c. civ. allemand.*

(2) Principalement, les lois relatives à l'obligation de l'instruction primaire: Angleterre, loi du 26 août 1880; Suède premier juin 83; Belgique 20 septembre 84; Hollande 89; Suisse 9 mai 89 (canton de Vaud), 21 mai 90 (Neuchâtel), 8 novembre 90 (Zurich), 6 mai 94 (Berne), etc., à l'interdiction d'employer des enfants avant un certain âge à des exercices dangereux: Italie 21 décembre 73; Belgique 28 mai 88; Angleterre 17 août 94, etc., à la réglementation du travail des mineurs: Danemark 23 mai 73; Espagne 24 juillet 73; Suisse 23 mars 77; Angleterre 27 mai 78; Suède premier juin 83; Autriche 8 mars 55; Russie 3 juin 85.

regretter, en face des funestes résultats que sa disparition semble devoir produire. (1) Malgré tout, cependant, un retour à d'autres idées semble bien peu probable en présence de la tendance qui porte le législateur à considérer qu'il peut limiter à son gré et même supprimer la puissance paternelle dès qu'il le juge utile dans l'intérêt de l'enfant.

B. — Adultère et bigamie

L'adultère est la violation du devoir de fidélité auquel les époux sont tenus l'un envers l'autre. La bigamie consiste dans le fait de contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

Ces deux délits ont un élément commun : ils sont l'un et l'autre commis par une personne engagée actuellement dans les liens du mariage. Ils constituent tous deux une violation du devoir de fidélité.

L'un et l'autre sont punis par notre loi pénale actuelle : l'adultère constitue un délit proprement dit, la bigamie un crime.

Notre législation, en ce qui concerne la bigamie, ne s'est pas modifiée depuis le code pénal de 1810 ; la question est toujours régie par l'article 340

(1) V. JULES SIMON. *Discours à l'Assemblée générale de la Société des jeunes adultes libérés*. FOUILLÉE, *étude sur les jeunes criminels*, Revue des Deux Mondes, 15 janv. 97.

de ce code qui punit des travaux forcés à temps le crime de bigamie (1).

Au contraire, en ce qui concerne l'adultère, la législation a été assez sérieusement modifiée. La question est régie à la fois par le code civil et par le code pénal: L'adultère en effet a des conséquences pénales et civiles, il est un délit et il est une cause de divorce.

Lorsqu'on ouvre le code civil de 1804 et le code pénal de 1810, un fait frappe tout d'abord, qui semble a priori bizarre: ce fait c'est l'inégalité profonde, aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue pénal, que les rédacteurs de nos codes avaient cru devoir établir entre l'homme et la femme.

D'une part, en effet, le code civil dispose que le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme dans tous les cas, mais que la femme ne pourra le demander pour cause d'adultère de son mari que si celui-ci a entretenu sa concubine dans la maison commune. La loi du 27 juillet 84

(1) *Art. 340*: « Quiconque étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. L'officier public qui aura prêté son ministère à ce mariage, connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine. »

a d'ailleurs fait disparaître cette différence (1).

D'autre part, dans le code pénal, une inégalité de traitement était établie à un double point de vue, inégalité qui subsiste encore aujourd'hui. D'un côté, en effet, tout adultère de la femme est punissable; pour l'homme, au contraire, l'adultère n'est pas punissable s'il n'est accompagné de ces deux circonstances aggravantes: que l'homme ait eu des relations suivies avec sa complice; que ces relations aient eu lieu dans la maison conjugale. (2) A un autre point de vue, le code pénal établit encore une profonde inégalité entre l'homme et la femme: L'article 324 de ce code déclare, en effet, que le meurtre par le mari de la femme surprise en flagrant délit d'adultère est excusable; aucune disposition analogue n'existe en faveur de la femme (3).

(1) D'ailleurs, avant 1884, la jurisprudence avait déjà trouvé le moyen d'assimiler la plupart du temps l'adultère du mari à l'adultère de la femme, en les considérant comme une injure grave, pratique aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre des textes.

(2) Cela résulte des art. 337 et 339 c. pén., ainsi conçus: « La femme, convaincue d'adultère, subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. » — « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de 100 fr. à 2.000 francs ».

(3) On peut citer deux autres différences secondaires, résultant des art. 337 al. 2 et 338, le premier permettant au mari

Nos codes paraissent donc avoir fait à l'homme une situation privilégiée. Est-ce à tort ou à raison, et sur quelles bases se sont-ils fondés?

On trouve dans l'exposé des motifs du titre Du mariage un passage qui répond nettement à la question : « Le mari et la femme, disait Portalis, doivent incontestablement être fidèles à la foi promise; mais l'infidélité de la femme suppose plus de corruption et a des effets plus dangereux que l'infidélité du mari; aussi l'homme a toujours été jugé moins sévèrement que la femme. Toutes les nations, éclairées en ce point par l'expérience et par une sorte d'instinct, se sont accordées à croire que le sexe le plus aimable doit encore, pour le bonheur de l'humanité, être le plus vertueux. Les femmes connaîtraient peu leur véritable intérêt si elles pouvaient ne voir, dans la sévérité apparente dont on use à leur égard, qu'une rigueur tyrannique plutôt qu'une distinction honorable et utile. Destinées par la nature aux plaisirs d'un seul et à l'agrément de tous,

d'arrêter l'effet de la condamnation infligée à sa femme, en consentant à reprendre celle-ci et ne donnant à la femme aucun droit analogue, le deuxième punissant le complice de la femme adultère (avec cette réserve, toutefois, que les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu, seront outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par lui-même), tandis qu'il ne punit pas la complice du mari adultère.

elles ont reçu du ciel cette sensibilité douce qui anime la beauté et qui est si tôt émoussée par les plus légers égarements du cœur; ce tact fin et délicat qui remplit chez elles l'office d'un sixième sens, et qui ne se conserve ou ne se perfectionne que par l'exercice de toutes les vertus; enfin cette modestie touchante qui triomphe de tous les dangers, et qu'elles ne peuvent perdre sans devenir plus vicieuses que nous. Ce n'est donc point dans notre injustice, mais dans leur vocation naturelle, que les femmes doivent chercher le principe des devoirs plus austères qui leur sont imposés pour leur plus grand avantage et au profit de la société. »

C'était là répondre par avance aux violentes diatribes que nos féministes modernes dirigent contre « la loi de l'homme. » Ce n'est point la loi de l'homme que Portalis et ses collègues avaient prétendu imposer à la femme, ce n'est même pas la loi humaine, c'est la loi de la nature. Logiques jusqu'au bout, voyant dans le mariage avant tout une institution naturelle, ils avaient pensé qu'il n'était pas au pouvoir de l'homme d'en changer arbitrairement les règles, même en se fondant sur les généreuses utopies de liberté et d'égalité.

Toutefois, même en admettant que la méthode des rédacteurs du code était bonne et leur raisonnement juste, il ne s'ensuit pas nécessairement que leur observation des lois naturelles ait été exacte en cette

matière. On peut par exemple juger excessif l'article 339 et demander ou son abrogation ou son extension à la femme, on peut réclamer peut-être d'autres modifications à la législation de l'adultère. Il n'en est pas moins vrai qu'une différence (j'évite à dessein le terme d'inégalité car il n'y a pas nécessairement inégalité là où des actes différents sont punis différemment), qu'une différence doit exister dans la loi comme elle existe dans les faits.

D'ailleurs cette question de l'égalité des époux dans la répression de l'adultère n'a au fond à notre époque qu'une importance tout à fait secondaire. L'égalité étant réalisée au point de vue civil depuis la loi de 84, ce que l'on réclame aujourd'hui, ce n'est pas l'égalité dans la répression, c'est la suppression de toute répression, c'est la suppression du délit d'adultère, qui réaliserait l'égalité des époux dans l'impunité commune.

Et c'est logique. Si l'on fait descendre le mariage du rang d'institution naturelle au rang de simple contrat, il ne suffit plus de ne pas placer arbitrairement l'un des contractants dans une situation inférieure à l'autre, c'est-à-dire de réaliser l'égalité des époux dans la répression, il faut surtout ne pas voir un délit là où il n'y a plus désormais que la rupture d'une convention civile. « Du moment que le code civil tient le mariage pour un contrat résoluble, pour un pacte résiliable, n'est-il pas

inconséquent de punir ceux qui cherchent à bénéficier par un adultère, de l'annulation qui leur a été promise? » (1) Ne s'agit-il pas ici, en effet, uniquement « de l'inobservation d'un des engagements contractés devant l'officier de l'état civil » et n'est-il pas évident que « l'adultère ne troublant la liberté ou la propriété de personne, ni la paix publique, ne devrait pas équitablement constituer un délit, dont il ne renferme du reste aucun des éléments juridiques » (2), mais qu'il « ressort uniquement au droit privé comme cause légitime de divorce. » (3)

D'ailleurs les autres nations nous ont déjà donné l'exemple. En Allemagne, en Hongrie, dans certains cantons suisses, l'adultère n'entraîne une pénalité que s'il a été suivi de divorce ou de séparation de corps. En Angleterre, dans l'Etat de New-York, dans le canton de Genève, il ne constitue plus un délit.

En France, un projet élaboré par M. Viviani et supprimant les peines édictées contre l'adultère, a été déposé sur le bureau de la Chambre le 19 juin 94. Il n'a point encore été transformé en loi. Cela ne semble pas cependant devoir beaucoup tarder. On peut noter une importante déclaration faite au

(1) TURGEON. *Le féminisme*.

(2) Trib. Château-Thierry, 6 fév. 1903. Gaz. Trib. 28 fév. 1903.

(3) BRIDEL. *La femme et le droit*.

mois de décembre 1904 par M. Vallé, garde des sceaux, invitant le législateur à agir en ce sens. (1)

Et quant à la bigamie elle-même « qui n'est qu'un adultère prolongé » (2), elle doit, sinon disparaître en tant que délit, du moins se transformer profondément. Elle ne sera plus un crime spécial, passible de pénalités spéciales, elle devra être considérée comme un faux en écritures publiques, passible des pénalités de droit commun. « Ce qu'on punira chez le bigame, dit M. Turgeon (3), ce n'est pas la violation de la foi conjugale, qui n'est qu'une indécatesse d'ordre privé, mais le fait délictueux d'avoir fait régulariser son adultère par l'officier de l'état civil. La loi ne frappera pas le bigame, mais le faussaire. »

On peut citer à ce propos le fait suivant : à l'époque révolutionnaire, un homme condamné à 12 années de fers pour bigamie se pourvoit en cassation. Il fait observer « qu'on ne peut voir dans la bigamie que la négligence d'une simple formalité ; que la bigamie n'était autrefois un crime que parce qu'elle portait atteinte aux droits du mariage ; mais qu'il n'y a point de droits du mariage là où un des époux peut le dissoudre par un simple acte de sa

(1) V. J. Off. Sénat, Décembre 94.

(2) TURGEON, p. 332.

(3) TURGEON, p. 332.

volonté. » Le pourvoi fut admis (1) et cette solution était parfaitement rationnelle.

C. — Divorce, Mariage libre, Union libre.

En ce qui concerne le rapport de causalité qui existe entre la théorie du mariage contrat et le mouvement actuel d'opinion en faveur du divorce, il n'est pas, ce semble, besoin d'insister beaucoup. Il suffit de parcourir les ouvrages des grands théoriciens du divorce de plus en plus large, des Margueritte, des Coulon, des Naquet, etc, pour s'en convaincre facilement : la théorie moderne du divorce a pour fondement on peut dire à peu près unique l'idée de contrat (2). Cette idée est-elle nécessaire pour justifier la théorie actuelle du divorce ? Est-elle en outre suffisante ?

Il faut d'abord nettement poser la question, et, pour cela, il est nécessaire d'exposer comment on comprend aujourd'hui le divorce.

(1) V. SAGNAT. *La législation civile de la Révolution française*.

(2) V. en particulier : P. ET V. MARGUERITTE, *Mariage et divorce* ; H. COULON, *Le divorce par consentement mutuel* ; NAQUET, *La loi du divorce*. V. aussi l'enquête de la Revue des revues, Déc. 1900, Janv. 1901.

Il y a en effet au moins deux façons de comprendre le divorce, deux théories juridiques intimement liées à la conception que l'on se fait du mariage : L'une, admettant que la perpétuité est, non seulement de la nature, mais de l'essence même du mariage, considère nécessairement que le divorce ne peut être posé par aucun raisonnement juridique, autrement dit que, le mariage étant juridiquement indissoluble, le divorce ne peut théoriquement exister, et n'est qu'une pure solution de fait. On comprendra facilement que, dans ce cas, le divorce ne sera qu'un remède tout à fait anormal que le législateur ne devra dispenser qu'avec la plus extrême parcimonie et dans des cas tout à fait exceptionnels. La seconde théorie au contraire, voyant dans le mariage essentiellement un contrat, en détruit normalement l'existence au moins possible au point de vue théorique du divorce, en faisant ainsi non plus une simple solution pratique, le lien de mariage continuant juridiquement d'exister, mais une véritable rupture du lien juridique du mariage. Donc simple expédient pratique, simple solution de fait dans le premier cas, institution juridique dans le second.

C'est évidemment la seconde théorie qui a cours de nos jours. Le mariage est un contrat; or tout contrat est résoluble pour certaines causes déterminées; donc le mariage doit pouvoir être rompu par le divorce. On pourra discuter sur le plus ou moins

d'étendue à accorder au divorce; du moins le principe lui-même ne peut être mis en doute. Le raisonnement paraît parfaitement logique. L'argument enfantin du contrat spécial ne semble point pouvoir l'infirmier (il la confirmerait plutôt) et d'ailleurs nous n'en sommes déjà plus à cette théorie qui paraît avoir fait son temps, les théoriciens du mariage moderne ne voyant dans le mariage qu'un contrat comme un autre (1).

Le divorce doit donc exister; mais dans quels cas? Toute la question aujourd'hui est là.

Or la réponse ne peut comporter aucune ambiguïté. On peut augmenter indéfiniment les cas de divorce, on ne les aura jamais faits assez nombreux tant qu'on n'aura pas inscrit dans la loi le divorce par consentement mutuel: *Quod solo consensu perficitur contrario consensu dirimitur* ». Notre code civil ne présente-t-il pas nettement le consentement mutuel comme une cause de dissolution de tous les contrats en général; Et de quel droit le mariage ferait-il seul exception à la règle? Accepter légalement

(1) « Le mariage, pour la loi laïque, est une convention comme une autre, un contrat synallagmatique dans lequel les parties s'engagent mutuellement et également, et qu'il est juridique de rompre quand une des deux parties prouve que l'autre s'est soustraite aux engagements pris en connaissance de cause et réclame la rupture du lien conjugal. » H. COULON, *Le divorce et l'adultère*, p. 49.

le divorce par consentement mutuel, c'est rentrer simplement dans le droit commun (1). Il ne semble certes pas que, sur ce terrain, les réformateurs du mariage puissent être contredits en quelque façon que ce soit.

Mais ce n'est pas là encore le point final du raisonnement moderne et l'on peut aller beaucoup plus loin sans sacrifier en rien la logique. Le mariage est un contrat; appliquons-lui les règles générales des contrats, en particulier celles de la rupture par consentement mutuel, ce sera fort bien, mais ce ne sera pas suffisant. Il est de toute nécessité ensuite de rechercher à quelle classe de contrats le mariage appartient, et de lui appliquer les règles propres à cette classe. Il ne sera pas nécessaire de chercher longtemps : on nous l'a assez répété sur tous les tons, le plus souvent sans savoir ce qu'on entendait par là ; s'il est entendu que le mariage est un contrat, il est non moins entendu que c'est dans

(1) En ce sens H. COULON : « Un fait se dégage bien nettement : le mariage est un contrat formé par deux êtres consentants ; le consentement des deux mêmes êtres doit être suffisant pour le rompre. » — ED. ESTAUNIÉ : « *Accepter légalement le divorce par consentement mutuel, c'est rentrer simplement dans le droit commun.* » V. *Revue des revues*, décembre 1900, janv. et fév. 1901. — V. aussi NAQUET, *La loi du divorce* : « Le consentement mutuel est la cause la plus naturelle, la plus péremptoire de divorce ».

les sociétés qu'il faut le cataloguer. Tout d'abord cela n'a l'air de rien : que le mariage soit une société, ou un louage, ou un contrat d'un autre genre encore, le principal est que ce soit un contrat. Par malheur il n'en va point ainsi, par malheur pour ceux qui, inconsidérément, appliquent aux choses des mots techniques sans en comprendre la portée et sans en préciser le sens. Toute la question git dans l'art. 1865 4°. N'y est-il pas dit en effet qu'un des associés peut, par sa seule volonté, mettre fin à la société? Et du coup voilà le principe plus large du divorce par la volonté d'un seul des époux se substituant au principe de la nécessité du consentement mutuel. Et cela même est encore fort logique (1). De quel droit en effet viendrait-on soustraire le mariage aux règles qui doivent normalement s'y appliquer? Le mariage, dira-t-on, ne ressemble à aucun autre contrat. « Il comporte des obligations morales d'une nature toute particulière, absolument étrangères par exemple à une vente ou à un louage, qui

(1) En ce sens COULON, Le divorce par consentement mutuel: « Le mariage est un contrat personnel. La conséquence de sa nature particulière est donc qu'il doit pouvoir se résoudre non seulement par consentement mutuel, non seulement pour causes déterminées, mais encore pécuniaires, par la volonté persistante d'un seul des conjoints..... c'est un véritable contrat d'association, et il doit se résoudre comme les contrats de cette espèce peuvent se résoudre dans le droit français ».

sont de son essence propre et par lesquelles, à l'exception des législations primitives, où la femme est une marchandise, il a, dans tous les temps et dans tous les pays, échappé à la règle commune des autres conventions. Le mariage n'est pas une simple association d'intérêts matériels, il est surtout l'union morale de deux personnes. Le mariage crée la famille : par là il cesse d'être un contrat individuel, il intéresse la société tout entière. Dès qu'on l'envisage au point de vue des époux eux-mêmes, ou au point de vue des enfants, ou au point de vue social, le mariage ne peut être une combinaison éphémère, révocable par la volonté d'un seul des époux. » (1)

D'abord il n'est pas vrai que le mariage ne ressemble à aucun contrat ; s'il ne ressemble ni au louage, ni à la vente, il ressemble beaucoup à la société. Et quant à l'argument historique, toutes réserves faites sur son exactitude et sur la façon dont il est présenté, il faut bien reconnaître qu'il a peu de force en soi et ne contrebalance pas le moindre argument logique en sens contraire. Enfin l'argument utilitaire invoqué n'est pas convaincant non plus, car l'utilité est chose contingente, si contingente que ce qui paraît utile aux uns apparaît inutile ou nuisible aux autres au même moment et dans les mêmes circonstances, à tel point que, dans la même enquête de *La*

(1) BARTHOU. V. Enquête de la Revue des revues.

Revue, on peut voir M. Beauquier déclarer que ni les bonnes mœurs, ni l'ordre public ne sont intéressés à la durée plus ou moins longue du mariage, et nous prédire que « nos neveux verront sans étonnement de futurs époux contracter une union pour un temps limité, trois, six ou neuf années, renouvelables comme un bail par tacite reconduction. » Il faut bien reconnaître une chose, c'est qu'en ces matières l'argument logique l'emporte sur tout autre, car lui seul donne des résultats certains, et l'argument logique, on doit le constater, se trouve du côté des partisans du divorce par consentement mutuel et même du divorce par la volonté d'un seul des époux.

S'il faut en croire M. de Lamarzelle, cette conception du mariage et du divorce serait aujourd'hui complètement ancrée dans les masses populaires : « Savez-vous, disait il y a quelques années, M. de Lamarzelle au Sénat, quelle est l'idée qui a crédit aujourd'hui dans le peuple ? Il faut aller la chercher cette idée dans les demandes de ceux qui implorent l'assistance judiciaire en matière d'action de divorce. Interrogez sur ce point les membres des bureaux d'assistance judiciaire. Ils vous diront l'étonnement profond, la stupéfaction des époux qui réclament le divorce et auxquels on vient dire : « Mais il faut des raisons, il faut que vous indiquiez des causes de divorce. » Ils croient tous que le divorce est une simple formalité qui permet de se quitter dès que l'un des époux a cessé de plaire à l'autre. »

On arrive ainsi au dernier terme de l'évolution du mariage contrat: ce dernier terme c'est l'union libre. Sans doute, à part quelques imaginations ardentes, les esprits les plus distingués de notre époque et peut-être même la majorité de nos contemporains, répugnent à cette conséquence. Mais comment l'éluider quand l'invincible logique y pousse si naturellement? On cherche des arguments, ils s'évanouissent quand on veut s'en servir; on échafaude des théories, elles croulent dès les premiers mots. C'est qu'il est des pentes sur lesquelles il est impossible de rester immobile; il faut faire un effort suprême et les remonter, ou l'on glisse bientôt jusqu'au bas. M. Paul Bourget le disait il y a quelques mois: « La France révolutionnaire est acculée à ce dilemme: ou revenir au mariage traditionnel et indissoluble, ou aller jusqu'à l'union libre. » (1)

(1) V. Journal *Le Matin*, 5 janv. 1908.

CONCLUSION

Union libre dans toute l'acception du mot, telle est donc la conséquence normale et fatale de la théorie contractuelle du mariage. Actuellement l'état de l'institution n'est donc plus d'accord avec le principe théorique; et c'est là-dessus qu'on se base pour proclamer solennellement la « faillite du mariage ».

Dans un livre paru il y a une dizaine d'années et dont le titre contient ces mots suggestifs de Faillite du mariage (1), on peut lire le passage suivant qui semble bien significatif:

« Ces années-ci, dit l'auteur, on s'efforça de constater diverses banqueroutes, celle de la science fut la plus bruyante, mais, comme les autres, elle connut des négateurs. Une seule obtint, obtient l'unanimité, celle du mariage. Romans, chroniques, conférences, théâtre, conversations, faits-divers, enquêtes parmi la foule et les spécialistes de l'élite, comptes rendus des tribunaux, la proclament nette-

(1) *La faillite du mariage et l'union future*. J. JOSEPH RE-
NAUD. Paris 99.

ment. Les plus violents conservateurs en conviennent, quitte à lui donner pour motif les mœurs nouvelles. Elle est incontestable. Le mariage, demeuré immuable, stagnant tandis que tout évoluait, est maintenant une institution pourrie, pourrie à la façon d'une mare qu'aucun continuel filet d'eau ne renouvelle. »

M. Joseph Renaud (c'est l'auteur du livre en question) dit vrai : notre roman, notre théâtre ne sont qu'une longue glorification de l'adultère, et notre législateur semble réserver pour lui toutes ses faveurs.

Comme le fait remarquer M. Marcel Prévost, l'institution du mariage repose sur trois principes fondamentaux qui sont : indissolubilité, fidélité, fécondité. Or qui dit mariage aujourd'hui dit, pour la grande majorité des cas, le contraire de tout cela.

L'indissolubilité ! Le législateur, s'il faut en croire les déclarations faites à la Chambre par le rapporteur de la loi de 84, n'avait vu dans le divorce qu'une porte de sortie à des situations intolérables, un remède exceptionnel. Mais la logique des mœurs y a vu immédiatement la suppression de ce terrible engagement d'éternité que le mariage exigeait antérieurement. Et du coup le mariage n'a plus été pour elle qu'une simple liaison à bail. L'indissolubilité ! Peut-on dire qu'elle existe dans un pays où la proportion des divorces atteint pour certaines régions jusqu'à 78 pour mille.

La fidélité! Sans doute il y a beaucoup de ménages fidèles, surtout peut-être dans la bourgeoisie moyenne. Mais pourrait-on affirmer qu'ils forment la majorité des unions? Chacun de nous n'a qu'à regarder autour de lui avec attention, et combien en définitive trouvera-t-il de ces ménages modèles, combien trouvera-t-il de femmes vraiment fidèles à leurs maris, combien surtout de maris fidèles à leurs femmes, à une époque où, dans ce dernier cas, la fidélité frise presque le ridicule.

Et la fécondité! Comme l'indissolubilité, comme la fidélité, la fécondité a disparu du mariage moderne. Qui de nous n'a entendu des jeunes gens ou même des jeunes filles régler par avance le nombre de leurs enfants? Tel n'en veut que deux, telle autre n'en veut qu'un; d'autres, craignant que la puissance de la nature ne vienne déjouer leurs honteuses combinaisons, font par avance en sorte de n'en point avoir du tout. C'est dernier vice de notre société moderne semble bien, il faut le reconnaître, presque restreint à notre France. C'était celui dont mourait l'Empire romain. Il est triste de constater que c'est celui qui caractérise la France du XX^e siècle.

Oui, le mariage moderne est profondément vicié. Il l'est dans chacune de ses parties, mais, fait plus grave, comme j'ai essayé de le montrer au cours de cette étude, il l'est dans sa notion même. Il ne faut point parler de faillite du mariage: tant que le ma-

riage a été vraiment le mariage il a satisfait l'humanité, et il n'a paru insuffisant que ce jour là seulement où les hommes ont voulu le faire servir à une destination qui n'était pas la sienne. Il faut de toute façon et en toute matière que l'instrument que l'on emploie soit conforme à la fin qu'on se propose, et, si l'on veut modifier la fin, il faut nécessairement modifier l'instrument. Le mariage, instrument admirable pour la perpétuation de l'espèce humaine, n'était pas agencé pour être un instrument de spéculation. Il ne faut donc pas parler de faillite du mariage, mais bien de faillite de la théorie moderne du mariage, ce qui est loin d'être la même chose. Les hommes du XX^e siècle ont construit de toutes pièces une théorie nouvelle du mariage. Ils ont façonné conformément à cette théorie nouvelle l'institution que les siècles passés leur avaient léguée. Le résultat, tout le monde s'accorde à le reconnaître, a été déplorable. Quoi donc a fait la faillite? L'institution? Non, simplement la théorie nouvelle.

Il est permis de penser, avec beaucoup d'éminents esprits, que la recherche de l'intérêt dans le mariage, recherche intimement liée à la conception contractuelle du mariage, est la cause fondamentale du lamentable état de l'institution.

Nul ne peut empêcher que l'union des sexes ait normalement pour cause l'attrait sexuel, et pour but la perpétuation de l'espèce. Si vous la fondez au con-

traire sur la situation sociale de l'un des conjoints et si vous lui donnez pour but la résiliation d'un bénéfice, vous viciez toute l'institution. Que deviendront alors les trois principes fondamentaux? La fécondité ne sera plus conforme au but poursuivi, elle pourra même lui être contraire; dès lors, quoi d'étonnant à ce qu'elle disparaisse? L'indissolubilité, qui était nécessaire lorsque le mariage avait essentiellement pour but la perpétuation de l'espèce, n'aura plus de raison d'être dès que l'enfant, cause unique de cette indissolubilité, ne sera plus le but poursuivi. Et quand à la fidélité, elle n'aura plus que la valeur d'une obligation contractuelle toujours résoluble sauf dommages-intérêts.

Là est la cause pratique de ce qu'on appelle de nos jours la faillite du mariage. Les grands apôtres de la théorie moderne du mariage le reconnaissent eux-mêmes. « Le mariage, dit M. Naquet (1), est une affaire financière; on ne marie plus deux individus, on marie deux billets de banque. Bien souvent les futurs époux ne se connaissent pas ou se connaissent à peine: ce sont les parents qui décident le mariage, et quelquefois ce sont des entremetteurs. Comme en tout cela ni la beauté physique, ni les sentiments ne sont en jeu, comme d'ailleurs l'amour est un besoin de notre nature qui veut être satisfait, tôt ou tard après le mariage un jour vient où un autre amour

(1) *Religion, propriété, famille.*

se développe en nous. Cet amour nous devons l'étouffer et souffrir, ou nous nous livrons à l'adultère. Adultère ou souffrance, voilà les points vers lesquels convergent presque tous les mariages. »

Y a-t-il un remède? Indépendamment du retour à des idées théoriques plus saines, il y en aurait peut-être un dans la suppression de la dot (1). « Le jour où l'homme, dit M. Weiss, aura conscience de ce qu'il doit à la famille dont il est le chef, ce jour-là il ne désertera plus le mariage par lâcheté, par abandon de soi-même; mais en se mariant, il ne se demandera pas si la femme qu'il a choisi lui apporte une dot suffisante pour renter sa paresse, il épousera une fille sans dot, vaillante comme lui, prête à le suivre n'importe où, à partager sa bonne et sa mauvaise fortune. Ce jour-là le problème douloureux du mariage sera bien prêt d'avoir trouvé sa solution. » Mais, hélas! du train dont vont les choses et les idées, on peut, comme M. Weiss, se demander avec angoisse s'il la trouvera jamais.

(1) V. en ce sens ACOLLAS, COULON, etc.

Vu et approuvé,
Le Président de Thèse,

CH. LEFEBVRE.

Vu : Le Doyen,
LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

